BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

<36601685590016

<36601685590016

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

R

Digitized by Google

Sammlung
merkwürdiger Rechtsfälle
Bayerns.

Herausgegeben

von

Friedrich August Freiherrn von Zu-Rhein,
k. Kreis- und Stadtgerichts-Assessor zu Würzburg,

und

Joh. Bapt. Sartorius,
Appellationsgerichts-Akzessisten allda.

Zweiter Band.

Erlangen 1831,
bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

„Grau, theurer Freund, ist alle Theorie,
„Und grün des Lebens goldner Baum."

Göthe im Faust.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß

des zweiten Bandes.

I. Bemerkungen über die oberstrichterliche Entscheidung der Rechtsache der Dorothea H. gegen den Konsulenten L., wegen Vermächtnisses (Bd. I. S. 1. ff.). Von Dr. J. A. Seuffert. S. 1—4.

II. Rechtstreit über ein Legatum liberationis sub modo. Von Dr. J. A. Seuffert. S. 5—48.

III. Besizentsezung durch eine öffentliche Polizeibehörde. Von J. B. Sartorius. S. 49—71.

IV. Wasserrecht. Von J. B. Sartorius. S. 72—81.

V. Kaufgeschäft über Staatspapiere. Grundsäze über Kontumazialstrafe und Daraufgabe. Von J. B. Sartorius. S. 82—99.

VI. Ueber die Lehre von der rei vindicatio, insbesondere über die Frage: ob Obligationen au porteur vindizirt werden können? Von F. A. v. Zu-Rhein. S. 100—120.

VII. Kann nach baierischem Rechte eine kurz vor Ausbruch des Konkurses, aber ganz nach den Vorschriften des Hypotheken-Gesezes, auf des Schuldners Güter eingetragene Konventional-Hypothek blos auf den Grund des präsumtiven Betruges an den übrigen Gläubigern vom Konkursrichter verworfen werden? Von Dr. v. Holzschuher. S. 121—146.

VIII. Beitrag zu der Lehre vom Erbrechte. Von Dr. C. Feust. S. 147—151.

IX. Ueber Verjährung der Lieferung an einen bestimmten Ort. S. 152—196.

X. Rechtsfall aus dem Gebiete des Wechselrechtes. Von Dr. A. J. Warmuth. S. 197—244.

XI. Ueber die Nothwendigkeit der Protest-Erhebung bei eigenen Wechseln. Von einem Ungenannten. S. 245—251.

Digitized by Google

XII. Ein Gewerbstreit. Von Dr. Nibler. S. 252—281.
XIII. Ueber die Geltendmachung der aus der unehelichen Vaterschaft entstandenen Rechte gegen die Konkursmasse des Schwängerers. Von Dr. C. Feust. S. 282—286.
XIV. Zusammentreffen der Vorschriften der Gerichtsordnung über das Beweisverfahren mit dem Geseze vom 22. Juli 1819, und Grundsäze über Zinsen- und Kostenersaz. Von Dr. Nibler. S. 287—310.
XV. Erlöschende Verjährung eines Klagerechtes — Vermuthung der Zahlung wegen langen Wartens — Werth eines gerichtlichen Zeugnisses bei entgegenstehenden Behelfen. Von Dr. Nibler. S. 311—328.
XVI. Ueber Adjudikations-Bescheide. Von Dr. Nibler. S. 329—354.
XVII. Gerichtstand der beiden Erzbischöfe, des vom Könige zum Reichsrathe ernannten Bischofs und des jedesmaligen Präsidenten des protestantischen Ober-Konsistoriums. Von J. B. Sartorius. S. 355—363.
XVIII. Ueber die Annahme des Todes statt der Eidesleistung bei Juden. Von J. B. Sartorius. S. 364—370.
XIX. Unter welchen Voraussezungen kann nach baierischem Rechte ein Personalarrest verfügt werden. Von F. A. v. Zu-Rhein. S. 371—380.
XX. Eröffnung des Konkurses und Anfang des Konkurses — zwei ganz verschiedene Begriffe. Von J. B. Sartorius. S. 381—383.
XXI. Tödtung in der Nothwehr. Von J. B. Sartorius. S. 384—449.
XXII. Ueber Meineid und Verleitung zum Meineide. Von J. B. Sartorius. S. 450—488.

I. Be-

Digitized by Google

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

I.

Bemerkungen über die oberstrichterliche Entscheidung der Rechtsache der Dorothea H. gegen den Konsulenten L., wegen Vermächtnisses. (Bd. I. S. 1 ff.)

Von

Dr. J. A. Seuffert,

Professor der Rechte zu Würzburg.

Die beiden ersten dem Beklagten günstigen Urtheile fußten hauptsächlich auf Fr. 75. §. 1, 2. D. de legat. I, wo Ulpian äussert:

§. 1. „Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse „legatum. Et quidem si quantitas non sit adjecta, „evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; nam et si, quod „ego Titio debeo, ei legavero, quantitate non adjecta, constat, nullum esse legatum, cum si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quicquam „debeam, falsa demonstratio non perimat legatum, „ut in legato dotis Julianus respondit." — §. 2. „Quodsi addiderit: decem, quae mihi Titius debet, „lego, sine dubio nihil erit in legato; nam inter „falsam demonstrationem et falsam conditionem

„sive causam multum interest. Proinde et si „Titio decem, quae mihi Sejus debet, legavero, nullum erit legatum; esse enim „debitor debet; nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum, et si debitor maneret, actio„nes adversus eum heres meus duntaxat praestare „cogeretur.“

In den Entscheidungsgründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 22. Juli 1825 wird gesagt: „Dieses „Gesez (Fr. 75. §. 1, 2. cit.) paßt nicht auf den vorlie„genden Fall; denn es sezt voraus, daß der Erblasser „Jemand die Schuld eines Dritten an ihn vermacht, welche „zur Zeit der Verfassung des Testamentes besteht, und daß „zur Zeit des Erblassers der Dritte demselben nichts mehr „schuldig gewesen sei.“

In der fraglichen Gesezstelle findet sich keine Silbe, welche zur Rechtfertigung dieser beschränkenden Auslegung angeführt werden könnte; ganz allgemein ist es ausgesprochen, daß die Nichtexistenz der Forderung, welche den Gegenstand des Legates ausmacht, die Unwirksamkeit desselben zur Folge habe; und daß jene Auslegung unrichtig sei, geht mit Zuverlässigkeit daraus hervor, daß der Fall, wenn die Forderung zur Zeit der Testamentserrichtung existirt hatte, und vor dem Tode des Erblassers getilgt wurde, zwar hervorgehoben, aber dahin entschieden wird: „auch „in diesem Falle habe das Legat keinen Erfolg, indem es „durch die Tilgung aufgehoben sei.“ Diese Art der Erwähnung und Verbindung spricht es unverkennbar aus, daß die Entscheidung Ulpians sich keineswegs blos auf diesen Fall bezieht, und daß die besondern Merkmale desselben keineswegs eine allgemeine „Voraussezung“ ihrer Anwendbarkeit bilden, vielmehr läßt sich aus dem Umstande, daß für diesen besondern Fall eine besondere Entscheidung gegeben ist, mit gutem Grunde folgern, daß die vorausgehenden Dispositivworte (nullum erit legatum, esse enim debitor debet) gerade auf den andern Fall Bezug haben, wenn nämlich die fragliche Forderung niemals exi-

Digitized by Google

stirt hat. Die oberappellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe führen Haubold (de legato nominis S. 8) als Gewährsmann an; allein dieß Allegat ist in mehrfacher Hinsicht untreu; denn a) die allegirte Stelle soll nicht zur Auslegung des Fr. 75. §. 1, 2. cit. dienen, sondern Haubold hat hier das Fr. 96. pr. de legat. I. vor Augen. Das leztere hat allerdings Julian zum Urheber, das erstere ist aus den Schriften des Ulpian entnommen; b) Haubold ist weit entfernt davon, der von dem Oberappellationsgerichte geltend gemachten Ansicht beizupflichten; vielmehr hat er sich auf das Bestimmteste für das Gegentheil erklärt, nämlich dafür, daß ein Legatum nominis bei nicht existirender Forderung unwirksam sei, ohne Unterschied, ob die Forderung gar nicht existirt hatte, oder ob sie vor dem Tode des Testirers getilgt wurde.

Eben so wenig passen die Gesezstellen, durch welche der oberste Gerichtshof die Ansicht zu rechtfertigen sucht:

> „der vorliegende Fall müsse beurtheilt werden von
> „dem Gesichtspunkte vermachter jährlicher Alimente
> „mit einer unrichtigen Anwendung des Fondes, aus
> „welchem sie genommen werden sollen."

Denn 1) das Fr. 12. de aliment. vel cibar. legat. spricht von einem Falle, in welchem zuerst jährliche Alimente in einem bestimmten Geldbetrage vermacht, und später „posteriore parte testamenti" Bestimmungen über den Fond, aus welchem die jährlichen Reichnisse entnommen werden sollten, beigefügt waren.

Dieser Fall ist von dem hier in Frage befindlichen wesentlich verschieden. In dem letzteren hat der Erblasser nicht verordnet:

> „Meine Köchin soll jährlich zu ihrem Unterhalte 50 fl.
> „erhalten, diese 50 fl. soll mein Erbe aus den Ab-
> „zinsen des bei der Gemeinde Bieberehren angelegten
> „Kapitales entnehmen."

Der Erblasser hat die Abzinsen des fraglichen Kapitals nicht als Mittel zum Zwecke der Erfüllung, nicht als Renten des zur Entrichtung eines Alimenten-Vermächt-

nisses bestimmten Fonds, sondern geradezu als den Gegenstand des Vermächtnisses selbst bezeichnet.

2) Das Fr. 13. de trit. vino vel oleo legato und Fr. 17. de ann. legat. beziehen sich auf Fälle, in welchen der bezeichnete Fond vorhanden, und nur die Renten, deren Betrag nach der Natur der Sache nicht in jedem Jahre gleich ist, nicht jedesmal zureichen. In dem Rechtsfalle aber, den das Ober-Appellationsgericht unter diese Fragmente subsumirt hat, war nicht einmal der bezeichnete Fond vorhanden.

3) Das allegirte Fr. 5. de tritico vino legato spricht nicht für, sondern geradezu gegen die Ansicht des obersten Gerichtshofes; indem nach Inhalt desselben der Erbe nicht mehr zu entrichten braucht, als von dem bezeichneten Ertrage zum Dasein kömmt.

4) Der in Fr. 33. de condit. et demonstr. ausgesprochene Saz: „falsa demonstratio non nocet" hat hier deßwegen kein Gewicht, weil es unerweißbar ist, daß die Erwähnung der Abzinsen des angeblich bei der Gemeinde Biebererhren angelegten Kapitals nur die Eigenschaft einer falsa demonstratio habe; dieselbe erscheint vielmehr nach der Fassung des Testamentes nicht als Nebenbezeichnung oder Nebenbestimmung, sondern sie enthält die hauptsächliche unmittelbare Angabe des dem Legate bestimmten Gegenstandes.

Dem Allen zu Folge ergibt sich das Resultat, daß die oberstrichterliche Entscheidung den Rechten nicht gemäß ist.

II.

Rechtstreit über ein Legatum liberationis sub modo.

Von

Dr. J. A. Seuffert,

Professor der Rechte zu Würzburg.

---

§. 1.

Erstes Verfahren.

Aus dem vorbemerkten Rechtstreite entwickelte sich ein neuer, welcher nicht weniger interessant ist.

Die Gemeinde Biberehren erhob am 25. Oktober 1825 bei dem königlichen Kreis- und Stadtgerichte Würzburg folgende Klage:

„Der verlebte Frühmesser L. zu Biberehren hat in seinem bei Gericht befindlichen Testamente vom 3. Juli 1823 folgende Verordnung gemacht.

„„Meiner Köchin, Dorothea H., welche im Jahre „„1792 in meine Dienste trat, (wenn sie bei meinem „„Tode noch in meinen Diensten ist,) sollen bis an das „„Ende ihres Lebens von den Zinsen des bei der Ge- „„meinde Biberehren angelegten Kapitals von 1200 Gul- „„den zu 5 Prozent jährlich fünfzig Gulden gegeben, „„und was von jährlichen Zinsen übrig bleibt, soll zum „„Kapitale aufbewahrt werden. Nach dem Tode meiner „„Köchin sollen sämmtliche Zinsen des erwähnten Kapi- „„tales von der Gemeinde dazu verwendet werden, um

„„gut erzogene arme Knaben ein nützliches Handwerk
„„lernen zu lassen. Die Verwaltung des Kapitales und
„„die Verwendung der davon abfallenden Zinsen, so wie
„„die Auswahl der armen Knaben, soll dem Herrn Pfar-
„„rer, Ortsvorsteher und Gemeinde-Ausschusse übertra-
„„gen werden.““

„Aus dieser Verordnung geht hervor:

1) daß, nachdem ein zu fünf Prozent verzinsliches Kapital von 1200 Gulden besprochen wird, und die Zinsen davon jährlich sechzig Gulden betragen, der Köchin aber nur fünfzig Gulden zugedacht werden, die zu admassirenden Zinsen bis zum Todestage der Vermächtnißnehmerin jährlich zehn Gulden betragen;

2) daß nach dem Tode der Dorothea H. der Gemeinde Bieberehren das ganze Kapital zu 1200 Gulden anfällt.

„Nachdem nun durch oberstrichterliches Urtheil die Sache zu Gunsten der Dorothea H. entschieden ist, betritt die Gemeinde Bieberehren den Rechtsweg und bittet, nach gepflognen Verhandlungen zu erkennen: der Konsulent L. sei verbunden, vom Todestage seines Erblassers, dem 3. August 1823, an jährlich zehn Gulden an die Gemeinde Bieberehren zu zahlen, nach dem Tode der Dorothea H. aber das Kapital zu 1200 Gulden der Gemeinde auszuhändigen, und alle Prozeßkosten zu erstatten.“

Die Vernehmlassung des Konsulenten L. ist folgende:

„Auf die jenseitige Klage erwiedre ich:

„1) das Testament, auf welches die Gemeinde ihren Anspruch gründet, enthält kein Legatum quantitatis, sondern ein Legatum liberationis. Die Gemeinde soll nach der Verordnung des Erblassers die Summe von 1200 Gulden nicht erst erhalten, sondern sie soll nur behalten, was sie als ein Darlehn angeblich schon früher von dem Erblasser empfangen hat. Dieses Legatum liberationis ist sub modo errichtet, indem der klagenden Legatarin vorgeschrieben ist, wie sie die Summe, welche sie

als Vermächtniß behalten soll, zu verwenden habe. Daß es auf den beigefügten Modus nur insoferne ankommen kann, als das Vermächtniß, zu welchem er sich als Nebenbestimmung verhält, giltig und rechtsbeständig ist, versteht sich von selbst.

„2) Dies ist aber deßwegen nicht der Fall, weil das Kapital, welches der Gemeinde Bieberehren zu bestimmten Zwecken verbleiben soll, niemals existirt hat. Treffend äußert sich über das hier in Frage befindliche Rechtsverhältniß der klassische Joseph Averan (interpret. lib. V. cap. 22. n. 2.): „„Cum lego id, quod „„mihi debetur, ipsi debitori, non oneratur heres ad „„id ei praestandum, sed ad remittendam ei actionem, „„quam habet ad exigendum et ad liberandum eum „„ab obligatione; itaque heres non petendo et liberando „„debitorem voluntatem implet testatoris, non potest „„autem liberare eum, qui non est obligatus, nec ab „„eo petere potest deficiente obligatione et actione, „„ergo est inutilis prohibitio testatoris, inutile le„„gatum.““

„3) Auf jeden Fall ist die Klagbitte ungeschickt, indem bei der thatsächlichen Darstellung ein Kapital, welches bei der Gemeinde Bieberehren angelegt ist, als Gegenstand des Vermächtnisses bezeichnet ist. Hiernach ist es offenbar unschlüßig, wenn die Gemeinde auf den Todesfall der Dorothea H. die Aushändigung des Kapitales verlangt.

„4) Nicht minder ungereimt ist das Verlangen: ich solle vom Todestage des Erblassers an jährlich zehn Gulden an die Gemeinde zahlen; — denn nach dem Testamente ist nicht dem Erben eine Zinsenzahlung aufgegeben, sondern vielmehr der Gemeinde vorgeschrieben, wie sie die von sich selbst zu erhebenden Kapitalzinsen verwenden soll.

„5) Die in der Klage vorkommende Aeußerung: „„es werde ein zu fünf Prozent verzinsliches Kapital „„von 1200 Gulden besprochen,““ verräth nicht nur

durch ihre unbestimmte und unjuristische Fassung die Schwäche der erhobenen Klage, sondern enthält auch eine offenbare Verdrehung des deutlichen Thatverhältnisses. Nicht ein zu fünf Prozent verzinsliches Kapital von 1200 Gulden in genere wird im Testamente besprochen, sondern die sogenannte Besprechung betrifft lediglich ein angeblich bei der klagenden Gemeinde angelegtes zu fünf Prozent verzinsliches Kapital von 1200 Gulden.

„6) Wenn ich übrigens gleichwohl durch eine Rechtsfiktion als Schuldner der Gemeinde Bieberehren angesehen werden könnte; so würde doch von einer Verzinsung zu fünf Prozent die Rede nicht sein dürfen, denn bekanntlich ist den Gemeinden durch die königliche Regierung untersagt, Kapitalien zu höheren Zinsen, als vier Prozent, aufzunehmen.

„Unter allgemeinem Widerspruche alles Gegnerischen stelle ich die Bitte: zu erkennen, daß die klagende Gemeinde mit ihrer unstatthaften Klage abzuweisen und zur Erstattung der Prozeßkosten verbunden sei."

Die Gemeinde Bieberehren replizirte:

„Der Beklagte hat das Vermächtniß der Dorothea H. bestritten, ungeachtet er nach Uebernahme der Erbschaft wenigstens eine moralische Pflicht hätte erfüllen sollen, indessen ist auch die Rechtsverbindlichkeit erkämpft worden, und so wird es denn auch mit dem geforderten Vermächtnisse zu 1200 Gulden gehen.

„Zu 1) Es ist diensam, daß der Beklagte gegen das Testament und den Todestag seines Erblassers nichts erinnert hat; unrichtig aber ist die Behauptung, daß hier ein Legatum liberationis der Gemeinde zugedacht sei; denn es heißt nicht, daß ihr die Schuld zu 1200 Gulden erlassen sein soll, und es steht nicht im Testamente, daß das Vermächtniß von den Zinsen des bei der Gemeinde Bieberehren angelegten Kapitals seinen Vollzug erhalten solle. Der Erblasser erklärt blos seinen Willen in Absicht auf seine Köchin, welcher bis an ihr Lebensende jährlich funfzig Gulden von den Zinsen

des bei der Gemeinde Biebererehren angelegten Kapitales zu 1200 Gulden gegeben werden sollen, nachdem nämlich dieses Kapital zu der von dem Testirer ausgesprochenen Absicht, gut erzogene arme Knaben ein nüzliches Handwerk lernen zu lassen, bei der Gemeinde Biebererehren angelegt sein wird. Daß dieses der wahre Sinn sei, geht daraus hervor, daß der Erblasser nur ganz unbestimmt und überhaupt von 1200 Gulden spricht, welche erst beigeschafft und angelegt werden sollen (??).

„Zu 2) Was demnach der Beklagte behauptet und folgert, ist durch das Gesagte hinlänglich widerlegt. Die Gemeinde darf sich hierbei nur noch auf das oberappellationsgerichtliche Erkenntniß in Sache der Dorothea H. gegen den Beklagten, Vermächtniß betr., beziehen, und die Entscheidungsgründe desselben anrufen.

„Zu 3) Wie man die Klagebitte ungeschickt finden kann, ist nicht abzusehen. Steht dieselbe nicht im Einklange mit der Sachgeschichte und mit der testamentarischen Verordnung? Der Erblasser spricht von einem zu fünf Prozent verzinslichen Kapitale zu 1200 Gulden, funfzig Gulden Zinsen hiervon sollen jährlich seiner Köchin auf Lebensdauer gereicht werden, die übrigen Zinsen sind jährlich zu admassiren, und diese betragen in jedem Jahre zehn Gulden. Der Erblasser wollte das für arme Knaben verschaffte Vermächtniß durch den jährlichen Zuwachs von zehn Gulden für die Lebenszeit der Köchin noch vermehren. Nach dem Tode derselben fängt erst der Zweck des Vermächtnisses an in Erfüllung zu gehen. Ist es daher nicht konsequent, zu beantragen, daß der Beklagte von dem Todestage seines Erblassers an jährlich zehn Gulden an die Gemeinde Biebererehren zahle, und ist es nicht eben so begründet, daß derselbe nach dem Tode der Köchin zu dem im Testamente bestimmten Zwecke der Gemeinde 1200 Gulden aushändige?

„Zu 4) Es wird nicht geleugnet, daß in dem Testamente nicht ausgedrückt steht, der Erbe solle jährlich zehn

Gulden zahlen. Wozu aber soll dieses dienen? Der Erblasser hat bestimmt, wie es mit seinem Vermögen gehalten werden soll, der Erbe hat dessen Gesammtnachlaß in Empfang genommen und die Erbschaft angetreten, er muß also den Willen des Erblassers in Erfüllung bringen, daher die Vermächtnisse zahlen.

„Zu 5) Der Beklagte kämpft mit sehr schwachen Waffen; der Klage mögte er alle Mängel anhängen, um das Vermächtniß wegzubringen. Wird denn nicht ein Kapital von 1200 Gulden, welches zu fünf Prozent verzinslich ist, im Testamente besprochen? Unwahr ist es, daß der Erblasser gerade nur von einem bereits angelegten Kapitale spricht.

„Zu 6) Vollends welch ein Schluß: die Gemeinden dürfen Kapitalien nur zu vier Prozent aufnehmen, also darf ihnen auch kein Kapital zu einem höheren Zinsfuße vermacht werden! Es ist ja hier von der Aufnahme eines Kapitales gar nicht die Rede.

„Indem alles Gegnerische widersprochen wird, besteht die Gemeinde auf ihrer Klagbitte und beschließt zum Urtheile.“

Der Beklagte duplizirte:

„1) Die in der Vernehmlassung aufgestellte Ansicht, daß es sich hier nicht von einem Legatum quantitatis, sondern von einem Legatum liberationis handle, ist von der Gegnerin nicht entkräftet. Was sie dagegen vorbringt, hat nur insoferne einigen Schein für sich, als man den Zusammenhang des Testaments aufhebt. Dieser Zusammenhang beseitigt allen Zweifel darüber, daß das angebliche Vermächtniß nur das Kapital zum Gegenstande haben soll, welches der Testirer angeblich bei der Gemeinde Biebererhren angelegt hatte, und diese Gemeinde behalten soll, um damit die im Testamente bezeichnete Stiftung zu begründen.

„2) Indessen kann man sogar die Vordersäze der gegnerischen Folgerung als diensam annehmen. Losgerissen aus dem Zusammenhange spricht das Testament bei der

Vorschrift über die Verwendung der Zinsen des Kapitales nach dem Tode der Köchin von einer Gemeinde, ohne daß erhellt, welche Gemeinde der Erblasser gemeint habe. Da nun eine leztwillige Verordnung, in welcher der Honorirte nicht genau bestimmt ist, bekannten Rechtsgrundsäzen gemäß keinen Erfolg haben kann, so hat die Gegnerin selbst die Grundlosigkeit ihrer Sache aufgedeckt.

„3) Was die Klägerin zu Nr. 3 und 4 der Vernehmlassung bemerkt, beruht auf der falschen Voraussezung, daß ein Legatum quantitatis in Frage und dem Erben die Auszahlung auferlegt sei. Die Unrichtigkeit dieser Voraussezung ist bereits genugsam gezeigt worden. Wenn aber auch dieselbe als richtig gelten könnte, so wäre dennoch das Vermächtniß hinfällig, weil es bei dieser Ansicht der Sache an der Bestimmung des Honorirten fehlt.

„4) Wenn man von der gegnerischen Seite des Sieges gewiß zu sein glaubt, weil die Dorothea H. ihren Prozeß in höchster Instanz gewonnen hat, so verkennt man die gänzliche Verschiedenheit jener Sache von der gegenwärtigen. Dort war ein Legatum nominis, hier ist ein Legatum liberationis in Frage, dort hatte die Klägerin wenigstens für sich, daß der Erblasser verordnet hatte, seiner Köchin sollten jährlich 50 Gulden gegeben werden, in Ansehung der gegenwärtigen Klägerin ist eine solche Bestimmung nicht vorhanden, sie soll nur behalten, was sie angeblich als Darlehn schon früher empfangen hat, und es so verwenden, wie es in dem Testamente vorgeschrieben wird. Wenn dort das königliche Ober-Appellationsgericht auf die Idee kommen konnte, der fragliche Fall müsse aus dem Gesichtspunkte jährlicher Alimente mit einer unrichtigen Anweisung des Fondes beurtheilt werden, so ist doch wohl eine gleiche Beurtheilung des gegenwärtigen Falles schlechthin unmöglich.

„5) Auf die jenseitigen Bemerkungen über den Willen des Testirers erwiedre ich, daß es nicht einmal von der Ferne bewiesen ist, derselbe habe zweifellos die Absicht gehabt, die Gemeinde Biederehren auf jeden Fall

im Betrage der ausgesprochnen Summe und in der angegebnen Weise zu bedenken; vielmehr spricht die Lage der Sache gegen diese Annahme. Wenn auch mein verstorbener Bruder den Gedanken gehegt hat, zu Gunsten der Gemeinde Bieberehren eine milde Stiftung zu begründen, so war doch die Verwirklichung dieses Gedankens, welche durch die Anlegung des Kapitales geschehen mußte, in die Zukunft verschoben; mein Bruder wollte erst die Leute zu Bieberehren kennen lernen, er wollte erst zuschauen, wie er daselbst empfangen und behandelt werden würde, und wahrlich muß es Jedermann höchst unwahrscheinlich finden, daß er bereits zu Euerhausen, wo das Testament errichtet ist, den festen und unbedingten Entschluß gehabt habe, einer ihm noch gänzlich unbekannten Gemeinde eine bedeutende Summe zuzuwenden. Seine Willensmeinung mag wohl hypothetisch gefaßt gewesen sein, allein er starb, ohne durch wirkliche Anlegung des Kapitales die eventuell gefaßte gute Absicht bethätigt zu haben, es war die Bedingung der Wirksamkeit seiner wohlthätigen Gesinnung noch nicht eingetreten, und unter diesen Umständen kann aus den Bestimmungen des Testamentes ein rechtlicher Anspruch für die Gemeinde Bieberehren nicht abgeleitet werden. — Auch muß erwähnt werden, daß mein Bruder vom Tode keineswegs überrascht und an der Anlegung des Kapitales nicht gehindert worden ist, denn vom 3. Juli an, als er das Testament errichtete, bis zum 3. August, dem Tage seines Todes, hätte er wohl Zeit genug gehabt; er ging zu Bieberehren öfters aus, las Messen, der dortige Pfarrer und besonders der Ortsvorsteher waren häufig um ihn, ohne daß er ihnen ein Wort von einem Darlehn und einer darauf bezüglichen Testaments-Verfügung gesagt hätte.

„6) Mag übrigens mein verstorbener Bruder dieß oder jenes gedacht oder gewollt haben, — (ich verwahre mich gegen die Annahme eines Zugeständnisses in dieser Hinsicht,) — so hat er doch auf keinen Fall seinen Willen erklärt, daß sein Erbe der Gemeinde

Biebereхren die Summe von 1200 Gulden auszahlen und verzinsen solle; eine Willensmeinung aber, welche nicht erklärt ist, kann — besonders bei leztwilligen Verfügungen — nicht berücksichtigt werden, und es ist unzuläßig, dem deutlichen Sinne einer vorhandenen Willensmeinung eine angebliche abweichende Ansicht des Testirers mit rechtlicher Wirkung unterzuschieben.

Fr. 3. D. de rebus dubiis. (34. 5.) „„Qui aliud „„dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox signifi„„cat, quia non vult, neque id, quod vult, quia „„id non loquitur.““

Fr. 7. §. 2. D. de suppell. leg. (33. 10.) „„Etsi „„prior atque posterior est vox, quam mens dicentis, „„tamen nemo sine voce dixisse existimatur.““

Allerdings ist es eine leichte Mühe, nach oberflächlicher Ansicht der Sache eine angebliche Absicht des Testirers hinzustellen, und so mit dem Schwerte der Rutine den Knoten zu zerhauen, aber eben deßwegen, um in dieser Beziehung der Willkür nicht Thür und Thor zu öffnen, kann nach Vorschrift der Geseze nur derjenige Testirer auf Verwirklichung seiner Absicht hoffen, welcher dieselbe auf entsprechende Weise erklärt hat.

„Unter nochmaligem Widerspruche alles Gegnerischen wiederhole ich meine vorige Bitte.“

§. 2.

Urtheil erster Instanz.

„Das königliche Kreis- und Stadtgericht Würzburg erkennt in Sache der Gemeinde Bieberehren gegen den Konsulenten L. dahier, Vermächtniß betr. zu Recht:

„I) der Beklagte habe entweder vom dritten August 1823 an bis zum Todestage der Dorothea H. jährlich zehn Gulden und nach dem Ableben dieser Dorothea H. ein Kapital von ein tausend zweihundert Gulden oder sogleich ein Kapital von zweihundert Gulden nebst fünfprozentigen Zinsen vom dritten August 1823 an und nach

dem Absterben der Dorothea H. noch ein Kapital von tausend Gulden an die Verwaltung, welche in dem Testamente des verlebten Frühmessers L. vom 3. Juli 1823 zur Administration der den armen Knaben zu Bieberehren verschafften Stiftung bestimmt ward, zu entrichten;

„II) die Prozeßkosten seien zu vergleichen.

Entscheidungsgründe.

„1) Gegen die von der Gemeinde Bieberehren erhobene Klage wendete der Beklagte vorzüglich ein, nach dem Testamente des Verlebten sei zu der frommen Stiftung dasjenige Kapital von 1200 Gulden bestimmt worden, welches bei der Gemeinde Bieberehren angelegt sei, das Vermächtniß sei daher ein Legatum liberationis sub modo, welches nicht zu Recht bestehen könne, indem das fragliche Kapital nicht existire. Diese Ansicht hat allerdings etwas für sich, da in dem Testamente 1200 Gulden als Stiftungskapital bestimmt sind, eine gleiche Summe aber bei der Gemeinde Bieberehren zu 5 Prozent verzinslich angelegt sein sollte, ferner Dorothea H. von den Zinsen dieses Kapitales jährlich 50 Gulden erhalten, dagegen die fragliche Stiftung erst nach dem Ableben der Dorothea H. in das Leben treten soll, es sonach scheint, als wenn das angelegte Kapital zur Begründung der Stiftung bestimmt wäre. Das Vorbringen des Beklagten erscheint jedoch als unbegründet, wenn man erwägt, daß ein Legatum liberationis nur dann vorhanden ist, wenn dem Legatar dasjenige vermacht wird, was er dem Erblasser oder Erben schuldig war.

L. 1. pr. D. de liberat. leg. (34. 3.).

In dem Abschnitte des Testamentes, worin die Stiftung verordnet wird, heißt es aber lediglich: sämmtliche Zinsen des Kapitales von 1200 Gulden sollen dazu verwendet werden, ꝛc. ꝛc. ohne daß hier ein bestimmtes Kapital bezeichnet ist. Auch erscheint nicht die Gemeinde Bieberehren hier als Legatarin, sondern dem Armenfonde, resp. den armen Knaben ist das Vermächtniß

verschafft, und endlich war die Gemeinde dem Erblasser oder dem Erben gar kein Kapital schuldig, so daß also in keiner Beziehung ein Legatum liberationis vorliegt.

„2) Auch als ein Legatum nominis, welches nach L. 75. §. 1 u. 2. D. de leg. et fideicomm. I. (30.) hinfällig wäre, kann das fragliche Vermächtniß nicht angesehen werden, indem, wie schon angeführt wurde, klar und deutlich verordnet ist, daß ein Kapital von 1200 Gulden, ohne nähere Bezeichnung dieses Kapitales, zur Verwirklichung der vom Testirer angeordneten Stiftung verwendet werden soll, es sonach keinem Anstande unterliegen kann, der Wille des Erblassers sei gewesen, daß diese 1200 Gulden aus seiner Nachlaßmasse entnommen und zu dem beabsichtigten Zwecke verzinslich angelegt werden sollen.

„3) Ein erheblicher Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit des fraglichen Vermächtnisses liegt darin, daß in dem Testamente nicht bestimmt sein soll, für welche Gemeinde die Stiftung errichtet sei. Richtig ist es, daß der Name der Gemeinde bei Errichtung der Stiftung nicht angeführt ist; es könnte daher keinem Zweifel unterliegen, daß das bestrittene Vermächtniß nicht zu Recht bestehen dürfe, wenn sich nicht aus andern Momenten der Wille des Erblassers in dieser Beziehung rechtsgenügend aufklären ließe. Allein es ist gewiß, daß der Testirer der Gemeinde Bieberehren oder vielmehr den armen Knaben dieser Gemeinde die Stiftung bestimmt hat. Denn:

„a) Der Erblasser war zur Zeit der Errichtung seines Testamentes schon zum Frühmesser in Bieberehren ernannt, es muß daher angenommen werden, daß er diejenige Gemeinde, in welcher er seine noch übrige Lebenszeit zuzubringen hatte, habe bedenken wollen.

„b) Auf den Fall, daß in einem Testamente von einer Gemeinde ohne nähere Bezeichnung die Rede ist, muß schon nach den allgemeinen Regeln der Auslegung angenommen werden, daß von derjenigen Gemeinde die Rede sei, in welcher der Testirer seinen Wohnsitz hat, also hier die Gemeinde Bieberehren.

„c) Der Erblasser hat in seinem Testamente noch zwei andern Gemeinden Vermächtnisse verschafft, und diese genau bezeichnet, dadurch also zu erkennen gegeben, daß er nicht diesen Gemeinden, in welchen er früher seinen Wohnsitz hatte, sondern der Gemeinde seines Wohnortes die Stiftung bestimmt habe.

„d) Der Erblasser nennt die Gemeinde Biebererhren ausdrücklich als diejenige, bei welcher das Kapital angelegt ist, was man, in so ferne es sich von der Erklärung seines Willens handelt, allerdings in Erwägung ziehen muß.

„e) Endlich handelt es sich hier von Begründung einer milden Stiftung, wo im Zweifel die dem Honorirten günstigere Meinung zu wählen ist.

„4) Das weitere Vorbringen des Beklagten, daß die Anordnungen des Testamentes unter sich im natürlichen Zusammenhange stehen, und nur durch diesen richtig ausgelegt werden können, ist ebenfalls unstatthaft. Klar und deutlich ist verordnet, daß ein Kapital von 1200 Gulden aus der Masse des Erblassers dazu verwendet werden soll, um gut erzogne arme Knaben von den jährlich abfallenden Zinsen ein nüzliches Handwerk lernen zu lassen, es sind auch diejenigen Personen der Gemeinde bestimmt, welche das Stiftungskapital verwalten sollen, und die Normen des Verfahrens, um dem Zwecke des Erblassers bei Begründung der Stiftung zu entsprechen, sind vorgeschrieben. Diese Anordnungen zusammen bilden ein geschlossenes Ganze, indem sie von der nämlichen Verfügung und sonst von Nichts sprechen. Dagegen stehen diese Anordnungen durchaus in keinem natürlichen und nothwendigen Zusammenhange mit der Bestimmung des Vermächtnisses der Dorothea H., weil diese nicht unmittelbar vor jenen steht*), und jene, in welchen doch die Stiftung so weitläufig und umständlich abgehandelt wird, kein Wort davon enthalten, daß

*) Das Testament enthält Abschnitte.

daß sich das zur Begründung der Stiftung bestimmte Kapital schon in den Händen der Gemeinde als eine Passivschuld befinde.

„5) Wollte man jedoch auch einen Zusammenhang annehmen, so ist derselbe doch nicht von der Art, daß dadurch die Stiftung ihre Rechtsbeständigkeit verlieren würde. Es ist nirgends in dem Testamente gesagt, aus welchem Fonde das Stiftungskapital entnommen werden soll, sondern nur in Beziehung auf die der Dorothea H. zugedachte jährliche Leistung ist bestimmt, daß sie aus den Zinsen des bei der Gemeinde Bieberehren angelegten Kapitales zu entrichten sei. Die Anordnungen über die Stiftung dienen sonach zur Erläuterung der Bestimmung des Vermächtnisses, aber nicht umgekehrt; denn jene bilden für sich ein klares bestimmtes Ganze, welches zu seiner Verständlichkeit keiner weiteren Beziehungen bedarf, diese dagegen wird nur durch jene verständlich.

„6) Noch weit deutlicher werden die Anordnungen des Testamentes, wenn man sie versezt, wozu man nach den Regeln der Auslegung befugt ist (?). Der Erblasser verordnet alsdann, daß ein Kapital von 1200 Gulden aus seiner Masse dazu verwendet werden soll, um nach dem Ableben seiner Köchin arme Knaben ein Handwerk lernen zu lassen, er bestimmt ferner die Administration des Kapitales, und verfügt sodann, daß seine Köchin auf Lebenszeit jährlich 50 Gulden aus den Zinsen dieses Stiftungs-Kapitales erhalten, der Rest aber admassirt werden soll. Hierdurch wird die Verfügung des Erblassers nicht nur in allen ihren Theilen klar und verständlich, sondern es läßt sich auch durch diese Versezung der Ausdruck: „„des bei der Gemeinde Bieberehren angelegten Kapitals““ rechtfertigen, indem der Erblasser, wenn er verordnet hat, daß zum Zwecke einer milden Stiftung ein Kapital bei der Gemeinde angelegt werden soll, bei einer weiteren Verordnung rücksichtlich der Zinsen das Kapital als angelegt betrachten konnte.

„7) Wenn man mit dem Beklagten auch annehmen

wollte, daß der Erblasser das Kapital, welches bei der Gemeinde Bieberehren angelegt sein sollte, als Stiftungs-Kapital habe anweisen wollen, (was sich jedoch aus dem Testamente nicht ergibt,) so geht doch mit Bestimmtheit aus dem Testamente hervor, daß derselbe die fragliche Stiftung begründen wollte; ferner ergibt sich aus dem Ausdrucke: „„verzinslich angelegten Kapitals,““ daß er bei der Gemeinde Bieberehren ein Kapital verzinslich anlegen wollte, an der Ausführung seines Entschlusses aber durch seinen unverhofften, wenige Tage nach seinem Aufzuge in Bieberehren erfolgten Tod gehindert wurde.

„8) Wenn nun das Vermächtniß demnach weder als ein Legatum liberationis sub modo, noch als ein Legatum nominis angesehen werden, auch darüber kein Zweifel obwalten kann, daß die Gemeinde Bieberehren oder vielmehr die armen Knaben aus derselben als honorirt anzusehen sind, vielmehr der Wille des Erblassers in dieser Beziehung nach seinem Testamente deutlich vorliegt, besonders wenn man die einzelnen Abschnitte desselben gehörig (?) aneinander reiht; so ist der Beklagte, als der alleinige Erbe, welcher die Verlassenschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, verbunden, den Willen des Erblassers zu erfüllen.

„9) Nach der Anordnung des Testirers soll die Stiftung zwar erst nach dem Ableben der Dorothea H. in das Leben treten, das Stiftungskapital dagegen sogleich fruchtbringend, d. h. zu fünf Prozent verzinslich angelegt und der Ueberschuß der jährlichen Zinsen nach Abzug von 50 Gulden zum Beßten der Stiftung admassirt werden; die Administration ist der im Testamente bestellten Kommission überlassen. Da nun der Beklagte bereits rechtskräftig verurtheilt ist, der Dorothea H. für ihre Lebenszeit jährlich 50 Gulden auszuzahlen, so war derselbe noch anzuhalten, entweder jährlich zehn Gulden, als den Zinsenüberschuß, oder sogleich 200 Gulden zur selbstigen Administration, und nach dem Ableben der Dorothea H., im

Falle die erste Alternative gewählt wurde, 1200 Gulden Kapital, wenn aber bereits 200 Gulden Kapital gezahlt sein sollten, noch 1000 Gulden Kapital an die Stiftungsadministration zu entrichten. Auf eine alternative Leistung war zu erkennen, weil der Beklagte gegen die Zahlung der jährlichen Zinsen zu 10 Gulden bis zum Ableben der Dorothea H. protestirt hat, diese Zinsen aber nach dem Willen des Erblassers nicht dem Erben, sondern der Stiftung durch einstweilige Admassirung zukommen sollen. In die rückständigen Zinsen eines Kapitales zu 200 Gulden vom 3. August 1823, als dem Sterbetage des Erblassers, an, war der Beklagte gleichfalls zu verurtheilen, weil an diesem Tage das Recht der Stiftung erwachsen ist, sonach der Erbe sich seit dieser Zeit im Verzuge der Zahlung befand.

L. 32. §. 2. L. 34. D. de usur. et fruct. (22. 1.)

Der Einwand des Beklagten, daß Gemeinden nur Kapitalien zu vier Prozent aufnehmen dürften, verdient um so weniger Beachtung, als sich der Beklagte durch sofortige Entrichtung des Kapitales von der Zahlung der Zinsen für die Zukunft befreien kann.

„10) Die Prozeßkosten wurden verglichen, indem dem Beklagten nach Lage der Sache eine redliche Ursache zum Streite nicht abgesprochen werden kann.

„Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen ist, erkannt.

„Urkundlich laut beigedrückten Gerichtsiegels Würzburg am 23. Mai 1826.

„Königliches Kreis- und Stadtgericht.
(Siegel)

Staufner, Direktor.
Mühlhofer."

§. 3.

Berufung des Beklagten.

„Durch das untergerichtliche Urtheil bin ich beschwert, weil erkannt wurde: ich hätte entweder vom

3. August 1823 an bis zum Todestage der Dorothea H. jährlich 10 Gulden und nach dem Ableben dieser Dorothea H. ein Kapital von 1200 Gulden, oder sogleich ein Kapital von 200 Gulden nebst fünfprozentigen Zinsen vom 3. August 1823 an und nach dem Absterben der Dorothea H. noch ein Kapital von 1000 Gulden an die Verwaltung, welche in dem Testamente des verlebten Frühmessers L. vom 3. Juli 1823 zur Administration der den armen Knaben zu Bieberehren verschafften Stiftung bestimmt ward, zu entrichten. — Was übrigens die Vergleichung der Kosten betrifft, so gebe ich gerne zu, daß dieselbe der Lage der Sache angemessen sei.

„Meine Beschwerde rechtfertige ich durch folgende Gründe.

I.

„In meiner Vernehmlassung und Duplik ist bereits gezeigt worden, daß das im Streite befangene Vermächtniß als ein Legatum liberationis aufzufassen sei.

„Die wesentlichen Merkmale des Legatum liberationis bestehen darin:

„1) daß als Gegenstand des Vermächtnisses nicht eine Quantität, eine Gattungsleistung im Allgemeinen, sondern vielmehr eine bestimmte Forderung bezeichnet ist,

„2) daß diese Forderung als gegen den Legatar zustehend aufgeführt ist, und

„3) die Freimachung desselben von den Ansprüchen des Gläubigers den Vortheil ausmacht, welchen das Vermächtniß gewähren soll,

„4) daß dem Legatar vermacht ist, was er — in der That oder angeblich — dem Erblasser selbst schuldet.

Hofacker princip. jur. §. 1505.

„Ob übrigens der Testirer geradezu gesagt hat: „„Ich vermache dem X. die 100 Gulden, welche er mir schuldig ist,““ oder ob er seinen Willen auf andere Weise ausgesprochen hat, ist gleichgiltig.

C. 21. C. de legat. (6. 37.)

„Alle diese Merkmale finden sich bei dem Vermächtnisse, dessen Berichtigung die Gemeinde Biederehren von mir fordert:

„a) Als Gegenstand des Vermächtnisses ist ein bereits zu fünf Prozent verzinslich angelegtes Kapital von 1200 Gulden bezeichnet;

„b) diese Kapitalforderung soll gegen den angeblichen Legatar, die klagende Gemeinde, zustehen;

„c) die Gemeinde soll von der Verbindlichkeit, das bezeichnete Kapital mir als Erben zurückzuzahlen, befreit sein, sie soll dasselbe behalten, und zu dem vom Erblasser angegebenen Zwecke verwenden;

„d) daß der Erblasser von einer ihm selbst zustehenden Kapitalforderung gesprochen hat, kann nicht bezweifelt werden.

„Die hiernach unverkennbare Eigenschaft eines Legatum liberationis wird durch die über die Verwendung des Vermächtnisses beigefügte Bestimmung nicht im Geringsten verändert. Diese Nebenbestimmung ist ein Modus.

Fr. 17. §. 4. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) „„Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid „„faceret, veluti monumentum testatori, vel opus aut „„epulum municipibus faceret, vel ex eo, ut partem „„alii restitueret; sub modo legatum videtur.““

„Die allgemeinen Worte: „„Quod si cui in hoc legatum sit,““ passen auf jede Art der Vermächtnisse. Charakteristisch spricht sich die Natur des Modus in der Fassung des Testamentes, insbesondere in dem für den Modus technischen Worte „„verwendet““ aus.

Vgl. Fr. 17. D. de usu et usufructu. (33. 2.) „„Quidam praedia reipublicae legavit, de quorum reditu „„quotannis ludos edi voluit, et adjecit: quae legata „„peto, decuriones et rogo, ne in aliam speciem aut „„alios usus convertere (verwenden) velitis.““ Hofacker princip. jur. §. 1594. not. b.

„Durch die Beifügung eines Modus wird aber, die Wirksamkeit des Legates vorausgesezt, nur eine besondere

Verbindlichkeit des Legatars begründet, im Uebrigen aber die Natur des Vermächtnisses nicht verändert.

„Diesem Allen zufolge handelt es sich im vorliegenden Falle, dem deutlichen Inhalte des Testamentes gemäß, von einem Legatum liberationis sub modo.

II.

„Von dem Legatum liberationis gilt der Rechtsaz: Wenn die Schuld, von welcher der Legatar frei werden soll, nicht existirt, so hat das Vermächtniß keinen Erfolg, und zwar auch dann nicht, wenn der Betrag ausgedrückt ist.

Fr. 13. et 25. D. de liberat. leg. (34. 3.)

„Es mögte zwar scheinen, als ob in dem angeführten Fr. 25. die entgegengesezte Ansicht ausgesprochen sei, nämlich in den Worten: „„Quod si nihil debeat, poterit „„dici, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti, „„quod comprohensum est, posse."" Allein diese Worte sprechen nur ein rechtliches Bedenken, einen Zweifelsgrund aus, wie dies in den Pandekten so häufig vorkömmt. Die Entscheidung der aufgeworfenen Rechtsfrage findet sich in den darauf folgenden Worten, welche nach der richtigen Lesart also lauten: „„Sed *non* „„poterit hoc dici, si ita legavit; centum aureos, „„quos mihi debet: vel: Stichum, quem debet, „„heres meus damnas esto non petere. Quod „„si sic dixit: heres meus centum aureos, quos „„mihi Titius debet, damnas esto ei dare: „„etiam illud tentari poterit, ut petere possit, quasi „„falsa demonstratione adjecta, quod mihi nequaquam „„placet, cum dandi verbum ad debitum referre se „„testator existimaverit."" Diese Lesart: „„Sed *non* „„poterit hoc dici,"" und nicht die der gewöhnlichen Ausgaben: „„Sed poterit hoc dici,"" ist die richtige, dies hat schon der große Rechtsgelehrte Jakob Cujas in seinem Tract. ad Africanum (V. ad f. 108. §. 10. de legat. I.) bemerklich gemacht; dieselbe hat nicht nur die

Autorität der von Cujas verglichenen Handschriften für sich, — (vgl. Spangenberg: Jakob Cujas und seine Zeitgenossen. Leipzig b. Hartknoch 1822,) — sondern ihre Richtigkeit ergibt sich auch aus dem Zusammenhange des fraglichen Sazes mit dem vorhergehenden, indem ohne Einschaltung des Wortes non der in dem Verbindungsworte sed ausgesprochene Gegensaz gar keinen Sinn hätte. Ohnehin kann der hier zu rechtfertigende Rechtsaz schon nach der Natur der Sache am wenigsten für den zuerst angeführten Fall: „„heres damnas esto non petere,““ bezweifelt werden. Unter solchen Umständen ist der Richter, da wir weder einen authentischen Text des Corpus juris, noch eine mit Gesezkraft versehene gemeine Lesart besizen, zur Benüzung kritisch begründeter Verbesserungen der gewöhnlichen Lesart eben so wohl berechtigt, als verpflichtet.

Vgl. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 44. Feuerbach, civilist. Versuche Bd. 1. Nr. III. Hufeland erläut. Handb. I. S. 70 f.

Legt man nun den kritisch berichtigten Text zu Grunde, so läßt sich der wesentliche Inhalt der fraglichen Pandektenstelle in folgender Art wiedergeben: Wenn der Erblasser einer bestimmten Quantität, z. B. 100 Goldstücke, ausdrücklich gedacht hat, und der Legatar ist diese wirklich schuldig, so ist er von dieser Schuld zu befreien. Ist er nichts schuldig, so wird man etwa sagen können, daß, wie im Falle einer unrichtigen Bezeichnung, der angegebene Betrag gefordert werden könne. Allein man wird dieses nicht sagen können, wenn der Erblasser verordnet hat, der Erbe solle die 100 Goldstücke nicht fordern, und selbst dann nicht, wenn verordnet ist, der Erbe solle dem Legatar die von demselben geschuldeten 100 Goldstücke geben.

„Wohl in keinem Falle hätte man mehr Ursache,

das Dasein einer nicht zutreffenden Bezeichnung anzunehmen, und hiernach das Vermächtniß aufrecht zu erhalten, als in dem Falle, wo der Erblasser doch das Geben der bezeichneten Summe angeordnet hat. Gleichwohl ist auch in diesem Falle für die Unwirksamkeit des Vermächtnisses entschieden, und demzufolge der allgemeine Lehrsaz des Cujas: „„„Si legavero Titio decem, quae mihi „„„debet, quia liberationem legavi, non quantitatem, „„„si nihil debeat Titius, nulla legati petitio est,““ durch den Inhalt des kommentirten Fragmentes bestens gerechtfertigt. Mit Cujas stimmen die bewährtesten älteren und neueren Rechtslehrer überein.

Averanii interpret. lib. V. cap. 22. n. 2. Vinnii select. quaest. lib. II. cap. 27. Hofacker princip. jur. §. 1505. not. l. Schweppe, röm. Privatrecht. §. 928. Wening Ingenheim, Civilrecht. V. §. 238. Mühlenbruch, doctr. pandect. §. 558.

„Wendet man nun diesen mit Hilfe der Kritik und Exegese gerechtfertigten Lehrsaz auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich, daß der Gemeinde Biebereyhren aus dem fraglichen Vermächtnisse gegen den Erben kein Anspruch zusteht.

III.

„Zur Bekämpfung dieses Ergebnisses mögte vielleicht gesagt werden: für die Klägerin spreche der klare Wille des Testirers, auf diesen müsse bei Auslegung und Vollziehung eines Testamentes entscheidende Rücksicht genommen werden, der Wille des Testirers gelte mehr, als der todte Buchstabe, u. dergl.

„Hierauf gilt zur Antwort:

1) Fr. 25. §. 1. D. de leg. et fideicomm. III. (32. 3.) „„„Cum in verbis nulla ambiguitas est, non „„„debet admitti voluntatis quaestio,““ d. h. wenn die Worte, grammatisch ausgelegt, einen klaren bestimmten Sinn haben, sollen sie nach diesem Wortsinne unter das Gesez subsumirt werden, und es ist nicht gestattet, weitere

Untersuchungen über den Willen des Testirers anzustellen, die Worte zu drehen und zu deuteln, und eine von dem Wortsinne abweichende Schlußfolgerung zu ziehen. Ich habe schon nachgewiesen, daß nach dem deutlichen Wortsinne das in Frage befindliche Vermächtniß ein Legatum liberationis sei, als solches muß dasselbe unter das Gesez subsumirt werden, und zufolge dieser Subsumtion ist kein Anspruch gegen mich begründet. Ob dieses Resultat dem Willen des Testirers gemäß sei oder nicht? — auf diese Frage einzugehen, ist dem Richter durch das angeführte Fr. 25. §. 1. geradezu untersagt.

„2) Könnte man aber auch zugeben, daß der allerdeutlichste Wille des Erblassers dem deutlichen Buchstaben des Testamentes vorzuziehen sei, so kann doch eine solche Abweichung von dem klaren Wortsinne nicht schon durch eine sogenannte moralische Ueberzeugung des Richters, sondern nur durch objektive Gewißheit von dem wahren Willen des Testirers, welche auf juristischen Beweisgründen beruht, gerechtfertigt werden. Wollte man einer moralischen Ueberzeugung entscheidenden Einfluß beimessen, so hieße dieses gerade soviel, als der Willkür freies Spiel machen, und alle Geseze, welche besondere Regeln über die Auslegung und die Wirkungen leztwilliger Verfügungen aufstellen, geradezu ausser Kraft sezen.

„3) Wenn die Geseze bisweilen auf den Willen des Testirers hinweisen, so bezieht sich eine solche Hinweisung auf obwaltende Zweifel über die Person des Honorirten, den Gegenstand, die Modalität der Erfüllung der Bedingungen und Zeitbestimmungen rc. rc.; wenn es hingegen in Frage ist, ob eine leztwillige Anordnung überhaupt wirksam sei oder nicht, da kömmt es nicht blos darauf an, ob der Testirer die Wirksamkeit gewollt habe, sondern vielmehr auch darauf, ob er die gesezlichen formellen und materiellen Bedingungen erfüllt, ob er seinen Willen auf gehörige Weise geäußert habe, und welche Folgen nach dem Geseze der Willensäußerung beizulegen seien. Wenn

das Testament als Gegenstand des Vermächtnisses eine gegen die Legatarin zustehende Forderung in der Art bezeichnet, daß diese das von ihr Geschuldete behalten soll, und wenn die bezeichnete Forderung nicht wirklich existirt, so hat das Vermächtniß nach spezieller gesezlicher Vorschrift keinen Erfolg. Die Wirksamkeit einer solchen speziellen Vorschrift kann durch die allgemeine Regel: daß der Wille des Erblassers beachtet werden muß, schon deßwegen nicht gehindert werden, weil jede spezielle Norm einer abweichenden allgemeinen in der Anwendung vorgeht. „„In toto jure,““ lehrt Papinian in Fr. 80. D. de regul. jur. (50. 17.) „„generi per speciem derogatur, „„et illud potissimum habetur, quod ad speciem di„„rectum est.““

„4) Dürfte man ein Legatum nominis oder liberationis, wenn die bezeichnete Forderung nicht existirt, schon deßwegen aufrecht erhalten, weil es als höchst unwahrscheinlich erscheint, daß der Testirer die fragliche Anordnung ganz sinn- und zwecklos getroffen habe; so würden Fr. 75. §. 2. D. de legat. et fideicomm. I. (30.) und Fr. 13. 25. D. de liberat. leg. (34. 3.) niemals zur Anwendung kommen. In allen Fällen dieser Art, die Worte mögen lauten wie sie wollen, könnte diese seichte gesezlose Ansicht die Stelle gesezlicher Vorschriften einnehmen. Der Inhalt der angeführten Gesezstellen beweißt, daß deren Urheber, Ulpian, Julian und Paulus, auf die etwaige Willensmeinung des Testirers allerdings geeignete Rücksicht genommen haben, und dessenungeachtet haben sie für die Unwirksamkeit des Vermächtnisses entschieden. Und — ist etwa der Richter befugt, der Rücksicht auf den Willen des Testirers ein Folge zu geben, welche der Gesezgeber verworfen hat?

„5) Noch bleibt mir zu zeigen übrig, daß, wenn auch in dem muthmaßlichen Willen des Testirers die entscheidende Norm gesucht werden dürfte (??), gleichwohl nicht einmal mit Wahrscheinlichkeit behauptet werden kann, daß mein Bruder zur Zeit seines Ablebens die feste Absicht

hatte, der Gemeinde Biebereheren den Betrag von 1200 Gulden zuzuwenden. Schon in meiner Duplik habe ich die Bemerkung gemacht, es erscheine an und für sich als höchst unwahrscheinlich, daß mein Bruder bereits zu Euerhausen, wo das Testament errichtet ist, den festen und unbedingten Entschluß gefaßt habe, einer ihm noch ganz unbekannten Gemeinde eine bedeutende Summe zuzuwenden, und wenn er auch den Gedanken an die fragliche Stiftung zu Gunsten der Gemeinde Biebereheren bereits damals gehegt habe, so sei doch die Verwirklichung dieses Gedankens durch Anlegung des Kapitals in die Zukunft verschoben worden. Nun läßt sich aber vollkommen bündig zeigen, daß mein Bruder später jenen Gedanken wieder aufgegeben und zur Zeit seines Todes jene Zuwendung an die Gemeinde Biebereheren nicht mehr gewollt habe. Denn:

„a) Mein Bruder hatte in den zehn Tagen, welche er zu Biebereheren verlebte, überflüßig Zeit, das in Frage befindliche Kapital dem Gemeinde-Vorstande wirklich auszuhändigen. Daß er auch das dazu erforderliche Geld besaß, ist aus den Verlassenschafts-Akten und meinem Prozesse mit der Dorothea H. gerichtsnotorisch. Wenn er nun dessenungeachtet keinen Schritt zur wirklichen Anlegung des gedachten Kapitals that, wenn er selbst in seiner lezten mehrtägigen Krankheit keine Anstalt dazu machte; so kann dies auf vernünftige Art nicht anders ausgelegt werden, als dahin, daß er die Ausführung seines früheren Gedankens aufgegeben hatte.

„b) Dazu kömmt, daß der Pfarrer zu Biebereheren und der dortige Ortsvorsteher während der 10 Tage und bis zum Tode meines Bruders immer bei demselben waren, ohne daß er ihnen ein Wort von einem Darlehn oder einer darauf bezüglichen Testamentsverfügung sagte. Diese Thatsache kann leicht bewiesen werden, und ihre Richtigkeit erhellt schon daraus, daß die

Klägerin in ihrer Klageschrift von einer solchen Mittheilung keine Meldung macht.

„c) Auch läßt sich die Sinnesänderung meines Bruders auf die von mir in den Vorakten angedeutete Weise leicht erklären. Derselbe, gegen äußere Ehrenbezeigungen nicht gleichgiltig, hatte erwartet, bei seinem Aufzuge in Bieberehren von den Dorfsbewohnern mit geziemender Feierlichkeit unter Sang und Klang empfangen zu werden; allein seine Erwartung wurde getäuscht; kein freudiges Willkommen begrüßte ihn, mit kalter Gleichgiltigkeit gafften Hans und Michel von ihren Fenstern aus den Ankömmling an. Durch diesen Mangel an Aufmerksamkeit wurde der reizbare alte Mann empfindlich verlezt, er hat dies nachdrücklich geäußert, er hat es durch Unterlassung der vielleicht beabsichtigten Kapitalsanlegung bethätigt.

„Alle diese Umstände sind zur richtigen Auffassung des Willens des Testirers — zumal in seinem Zusammenhange — von Bedeutung, sie geben zu erkennen, daß und warum der Testirer zur Zeit seines Todes die Verwirklichung dessen, was er der Gemeinde Bieberehren früher vielleicht zugedacht haben mogte, nicht mehr gewollt hat. Daß aber, wenn überhaupt die Entscheidungsnorm in dem muthmaßlichen Willen des Testirers gesucht wird, die zur Zeit des Ablebens vorhandene Willensmeinung zu berücksichtigen sei, ist bekannten Rechtens.

Fr. 96. pr. D. de legat. et fideicomm. (30.) „„eadem voluntate manente.““

„Diesem Allen zufolge würde die Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen des Testirers, wenn sie zuläßig wäre, mir nur einen neuen Vertheidigungsgrund an die Hand geben, und zu dem Resultate führen, daß der Anspruch der Klägerin schon deßwegen zurückzuweisen ist, weil er dem wahrhaften lezten Willen des Testirers zuwiderläuft.

Fr. 4. §. 10. D. de doli mali et met. exc. (44. 4.) „„Praeterea sciendum est, siquis quid ex testamento

„„contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali
„„repelli solere.““

IV.

„Eine Beleuchtung der unterrichterlichen Entscheidungsgründe kann nur zur Bekräftigung des bisher Gesagten führen.

„1) Um zu zeigen, daß es sich nicht von einem Legatum liberationis handelt, wird geleugnet, daß das im Testamente für die 50 Gulden der Dorothea H. bezeichnete Kapital mit dem Stiftungskapitale für arme Knaben identisch sei. Auf platter Hand liegt es, daß diese Auslegung eine wahre Verdrehung der testamentarischen Anordnungen ist. Denn:

„a) Der Köchin sollen bis an das Ende ihres Lebens von den Zinsen des bei der Gemeinde Bieberehren angelegten Kapitals von 1200 Gulden zu 5 Prozent jährlich 50 Gulden gegeben, und was von den jährlichen Zinsen übrig bleibt, soll zum Kapitale aufbewahrt werden. Vor dem Tode der Köchin sollen also die Zinsen theils zur jährlichen Unterstüzung der Köchin verwendet, theils admassirt werden. Nach dem Tode der Köchin sollen sämmtliche Zinsen des Kapitales von 1200 Gulden von der Gemeinde dazu verwendet werden, um gut erzogene arme Knaben ein nüzliches Handwerk lernen zu lassen. Man erwäge nur die Gleichheit der Summe, die Beziehung auf den Tod der Köchin und auf die frühere Verfügung über die Zinsen, wie ist es möglich, den Zusammenhang zu verkennen?

„b) Dazu kömmt, daß der Testirer die Gemeinde, welche verwenden soll, bei Bestimmung der Stiftung gar nicht genannt und eben so wenig verordnet hat, daß ihr ein Kapital von 1200 Gulden gegeben werden soll. Sieht man also von dem Zusammenhange mit der früheren Verfügung ab, so fehlt es an einer gehörigen Benennung des Honorirten und selbst

an einer deutlichen Anordnung des Vermächtnisses, dasselbe könnte schon wegen seiner Unbestimmtheit nicht wirksam werden. Auch hat es das königliche Kreis- und Stadtgericht selbst mit der hier widerlegten Ansicht nicht gar ernstlich gemeint, indem es in dem Entscheidungsgrunde 3. d. den Zusammenhang benüzt, um zu beweisen, daß unter der bei Gelegenheit der Stiftung genannten Gemeinde die Gemeinde Bieberehren zu verstehen sei.

„2) In dem Entscheidungsgrunde 6. e, wird gesagt: „„Endlich handelt es sich hier von Begründung einer „„milden Stiftung, wo im Zweifel die dem Hono- „„rirten günstigere Meinung zu wählen ist."" Die von dieser Auslegungsregel hier gemachte Anwendung ist wahrlich höchst seltsam; denn um die dem Honorirten günstigere Auslegung wählen zu können, muß vorerst zweifellos vorliegen, wer der Honorirte sei; in dem bezeichneten Entscheidungsgrunde wird aber jene Auslegungsregel zu dem Zwecke angeführt, um die Person des Honorirten erst auszumitteln. Abgesehen indessen von diesem Mißgriffe in der Anwendung muß die Richtigkeit und Gesezmäßigkeit dieser angeblichen Regel geleugnet werden. Aus Fr. 14. §. 1. und Fr. 39. §. 6. D. de legat. et fideicomm. (30.) Dann Fr. 17. D. de regul. jur. (50. 17.) rechtfertigt sich vielmehr die Vorschrift, daß im Verhältnisse zwischen dem Onerirten und Honorirten bei zweifelhaften Bestimmungen zu Gunsten des Ersteren, also für den Erben gegen den Legatar, die Auslegung zu machen sei.

Vgl. Wening Ingenheim Civilrecht §. 65. Nr. 5. Averanii interpret. lib. V. cap. 10. n. 5. Geiger und Glück Rechtsfälle. Th. 1. §. 8.

„Der Umstand, daß es sich von Begründung einer milden Stiftung handelt, ist kein gesezlicher Grund, ein nach gesezlicher Vorschrift unwirksames Vermächtniß aufrecht zu erhalten. Zwar ist es leicht zu begreifen, wie dergleichen Rücksichten Eingang finden mögen; der Richter, welcher durch sein Urtheil die Stiftung in das Leben ruft,

glaubt dadurch ein Verdienst zu erwerben und zugleich ein gutes Werk zu verrichten; allein treffend bemerkt über die sogenannte benigna interpretatio legatorum ad pias causas Haubold (de legato nominis §. 2.): „„Minime fas „est, privilegia ultra modum legibus definitum augeri.““ Jede besondere Rechtsbegünstigung ist strenge auszulegen, und kein Gesez gestattet dem Richter, milde Stiftungen bei Auslegung lezter Willen in der Art zu begünstigen, wie in dem angeführten Entscheidungsgrunde geschehen ist.

Vgl. Berger oeconomia jur. lib. II. tit. 4. n. 24. 125. Pufendorf observ. tom. III. obs. 176.

„3) In den Entscheidungsgründen (Nr. 1 am Ende) ist die Ansicht enthalten, die Gemeinde Bieberehren sei als Vertreterin des dortigen Armenfonds aufgetreten, denn nicht die Gemeinde Bieberehren erscheine hier als Legatarin, sondern dem Armenfonde, resp. den armen Knaben sei das Vermächtniß verschafft. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht erhellt daraus, daß sich die Gemeinde Bieberehren selbst in der Klageschrift und in der Vollmacht als Legatarin bezeigt hat. Auch ist aus den Akten nirgends zu ersehen, daß zu Bieberehren ein besonderer Armenfond selbständig besteht. Die fragliche Annahme beruht daher auf einer willkürlichen Voraussezung. Daß die Gemeinde selbst als Legatarin zu betrachten sei, habe ich bereits in Nr. I. bewiesen. So wie hier das Vermächtniß verwendet werden soll, so in dem Falle des dort angeführten Fr. 17. §. 4. D. de condit. et demonstr. (35. 1.), um die „„Municipes““ zu speisen; gleichwohl sind nicht die „„Municipes““ als Legatare bezeichnet, sondern derjenige, welcher die Verwendung des Vermächtnisses zu dem Schmauße besorgen soll.

„4) Es ist eine allgemein anerkannte Auslegungsregel, daß die mehreren Bestandtheile einer Willenshandlung in demjenigen Zusammenhange aufzufassen seien, in welchem sie vorgetragen wurden, und daß dieser Zusammenhang bei Lösung von Zweifeln, welche hinsichtlich einzelner Aeußerungen obwalten, entscheidendes

Gewicht habe. In den unterrichterlichen Entscheidungsgründen (Nr. 6.) ist eine ganz neue Theorie aufgestellt. Nach dieser ist es zuläßig, die einzelnen Aeußerungen einer auszulegenden Willenshandlung aus ihrem Zusammenhange zu reißen und beliebig zu versezen, und so nach dem Prinzipe des Hysteron-Proteron den Gegenstand der Auslegung dermassen zu drehen und zu wenden, bis derjenige Sinn herauskömmt, welchen man zu finden wünscht. Bedarf es wohl eines einzigen Wortes, um die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens darzuthun? Wahrlich um so weniger, als die Anwendung, welche von der neuen Regel gemacht wurde, zu einer Absurdität führt. Denn nach der von dem königlichen Kreis- und Stadtgerichte beliebten Versezung erwähnt der Erblasser sogleich im Anfange des Todes seiner Köchin, ehe diese noch honorirt ist, und eine Gewißheit darüber, welche Gemeinde gemeint sei, ermangelt gänzlich.

„5) Wenn das Untergericht sich in seinen Entscheidungsgründen (Nr. 7.) auf den angeblichen Willen des Testirers beruft, so ist die Unhaltbarkeit dieses Grundes bereits in Nr. III. ausführlich von mir nachgewiesen worden. Ich will mich nur noch wiederholt auf das bereits in der Duplik angeführte Fr. 3. D. de rebus dubiis (34. 5.) beziehen: „„Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, „„quod vox significat, quia non vult, neque id, quod „„vult, quia id non loquitur.““

„6) Zur Kritik der unterrichterlichen Entscheidungsgründe ist ferner zu bemerken:

„a) Unter Nr. 3. b. wird gesagt, die bei Bestimmung der Stiftung für arme Knaben ausgesprochene Honorirung einer Gemeinde müsse deßwegen auf die Gemeinde Bieberehren bezogen werden, weil der Testirer zur Zeit der Errichtung des Testamentes seinen Wohnsiz zu Bieberehren gehabt habe. Das Datum des Testamentes: „„„Euerhausen am 3. Juli 1823,““ beweißt aber das Gegentheil, und bekannt-

bekanntlich wird der Wohnsiz durch Handlungen, nicht durch bloßen Vorsaz und Willen begründet.

„b) In dem Entscheidungsgrunde 4 heißt es: „„„klar „„und deutlich sei verordnet, daß ein Kapital von „„„1200 Gulden aus der Masse des Erblassers ver„„wendet werden soll.““ Von den bedeutsamen Worten: „„aus der Masse des Erblassers,““ ist in dem Testamente keine Spur zu finden.

„Die Ungerechtigkeit des unterrichterlichen Urtheiles tritt also in der Unhaltbarkeit seiner Motive sprechend hervor.

V.

„Aus den bisher entwickelten Gründen kann ich einem abändernden Erkenntnisse und der Abweisung der gegnerischen Klage mit Zuversicht entgegensehen, aber auch angenommen, das fragliche Vermächtniß sei wirksam, so bin ich dennoch durch das unterrichterliche Urtheil in zweifacher Hinsicht beschwert. Denn:

„1) Es müßte mir freigestellt werden, das ganze Kapital von 1200 Gulden sofort an die Gemeinde Bieberehren in der Art auszuhändigen, daß diese verbunden wäre, jährlich 50 Gulden entweder unmittelbar an Dorothea H. oder an mich zum Behufe der Auszahlung an Leztere zu entrichten.

„Diese eventuelle Beschwerde rechtfertigt sich durch das Testament. Denn:

„a) Durch diese Aushändigung würde der angebliche Wille des Testirers, das für die Stiftung bestimmte Kapital bei der Gemeinde Bieberehren anzulegen, buchstäblich erfüllt werden.

„b) Auf keinen Fall war es der Wille des Testirers, daß sein Erbe die Gefahr des angeblichen Stiftungskapitales und der Verzinsung desselben tragen solle.

„c) Die fortwährende Verzinsung zu fünf Prozent kann mir um so weniger zugemuthet werden, als es be-

kanntlich in den gegenwärtigen Zeiten äußerst schwer hält, seine Gelder, mit Sicherheit für Kapital und Zinsen, zu fünf Prozent anzulegen.

„2) Ohne allen, auch nur scheinbaren Grund bin ich verurtheilt worden, auch die rückständigen Zinsen von einem Kapitale zu 200 Gulden vom dritten August 1823, als dem Sterbetage des Erblassers, an zu zahlen. Denn erst durch die Insinuirung der Klageschrift bin ich zur Zahlung aufgefordert worden, und es ist bekannten Rechtens, daß der Verzug des Schuldners nicht schon mit dem Fälligwerden der Forderung, sondern erst mit der wirklichen Aufforderung beginnt.

Fr. 32. pr. D. de usuris et fruct. (22. 1.) „„Mora „„fieri intelligitur non ex re, sed ex persona: id est, „„si interpellatus opportuno non solverit.""

VI.

„Meine Bitte geht dahin: die Gegnerin mit ihrer unstatthaften Klage abzuweisen, — eventuell: auf die in Nr. V. bezeichnete Weise zu erkennen. — Insbesondere trage ich darauf an, daß meine Berufungschrift dem Kollegium wörtlich vorgetragen werde."

§. 4.

Nebenverantwortung des klagenden Theils.

„Das erstrichterliche Urtheil ist so entschöpfend und der Rechtstreit der Dorothea H. gegen den Appellanten durch das oberstrichterliche Urtheil so geeignet entschieden, daß derselbe die rechtliche Ueberzeugung hätte fassen sollen, das im Testamente seines Bruders den armen Kindern zu Biberehren verschaffte Vermächtniß sei rechtsbeständig und die Bestreitung desselben ohne Erfolg, wenn man auch von der zarten Seite wegsehen wollte, daß der Erbe in seinem Gewissen verbunden ist, dieses einer milden Stiftung verschaffte Vermächtniß, selbst bei einem Mangel der rechtlichen Form, zu ehren und zu entrichten. Der Beklagte

sezte sich aber nicht nur in seinem Gewissen über eine solche Pflicht hinaus, sondern auch die Belehrung durch das oberstrichterliche Urtheil in seinem Prozesse mit Dorothea H. fand bei ihm keinen Eingang, und er sucht nun im Wege der Berufung seine Abneigung gegen die Entrichtung des fraglichen Vermächtnisses zu rechtfertigen.

„Vor Allem widerspreche ich die Sach- und Prozeßgeschichte, so weit sie von den Vorakten abweicht; die Schreibart aber, in welcher die unterrichterlichen Entscheidungsgründe geprüft und getadelt werden, sehe ich als beleidigend für die Würde des Gerichtes an (!), und überlasse diesem selbst, die Ahndung derselben zu beantragen.

„Die aufgestellte Beschwerde selbst ist ungegründet und unstatthaft. Ohne in den gegnerischen Aufwand von Gesezstellen und Rechtslehrern einzugehen, weil sie auf den vorliegenden Fall gar nicht passen (???), will ich nur die Ansicht widerlegen, welche der Beklagte aus dem Wesen eines Legatum liberationis zur Bestreitung des hier in Frage stehenden Vermächtnisses hereinzwingen will.

„Unbestritten ist es, daß die armen Kinder der Gemeinde Bieberehren mit dem fraglichen Vermächtnisse bedacht seien, wenigstens hat der Beklagte diesen Umstand, diese Legitimation zur Sache weder in der Vernehmlassung, noch in der Berufungschrift widersprochen. Es hätte auch darüber kein Bedenken Plaz greifen können, weil in dem Testamente die Gemeinde Bieberehren genannt ist, und der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung schon zum Frühmesser allda bestimmt war. Derselbe war auch gesonnen, in Biederehren ein längeres Leben zuzubringen, als ihm die Vorsehung zugedacht hatte, und folglich gesonnen, sein Gedächtniß allda durch eine fromme Stiftung zu verewigen.

„Von einem Legatum liberationis kann weder überhaupt, noch mit der Wirkung die Rede sein, daß es nicht zu Recht besteht. In dem Testamente des verlebten Frühmessers L. ist aus keiner Silbe zu ersehen, daß den armen Kindern zu Biederehren gerade jene 1200 Gulden

verschafft wurden, welche bei der Gemeinde als ein hingeliehenes Aktivkapital stehen sollten. So viel aber ist richtig, daß auf den Grund logischer Ordnung die Stellen des Testamentes zu versezen sind, dieses erleidet dadurch keinen Zwang und keine widerrechtliche Deutung. Es geht aus dem Testamente hervor, daß die Köchin auf ihre Lebensdauer jährlich 50 Gulden erhalten, eben so lange 10 Gulden jährlich admassirt und nach dem Tode der Köchin sämmtliche Zinsen der 1200 Gulden von der Gemeinde dazu verwendet werden sollen, um gut erzogne arme Knaben ein nüzliches Handwerk lernen zu lassen; es heißt aber nicht, daß das bei der Gemeinde angelegte Kapital das fragliche Vermächtniß sein solle.

„Aber auch abgesehen hievon paßt der Begriff eines Legatum liberationis nicht hierher, weil dabei vorausgesezt wird, daß der Testirer Jemanden eine Schuld eines Dritten an ihn vermacht, welche zur Zeit der Verfassung des Testamentes besteht, und daß zur Zeit des Todes des Testirers der Dritte nicht mehr schuldig gewesen ist (?!!). Das königliche Oberappellationsgericht führt in seinem Urtheile vom 22. Juli 1825 *) die Abhandlung des Dr. Chr. G. Haubold de legato nominis an, welcher sagt: „„ut autem taceam, Julianum non loqui de nomine, „„quod nunquam aut certe testamenti conditi tempore „„non amplius debitum fuerit, sed potius de vero de„„bito.““

„Das königliche Oberappellationsgericht fährt dann weiter fort: „„dieses Gesez könne nicht auf den Fall angewendet werden, wenn ein Erblasser Jemanden eine Schuld eines Dritten an ihn mit dem klaren Bewußtsein, daß eine solche zur Zeit der Verfassung des Testamentes nicht existire, oder in dem Irrwahne, daß sie bestehe, in der leztwilligen Anordnung ausgesezt habe.““

„Es ist gewiß und unbestritten, daß der Testirer ein Kapital von 1200 Gulden bei der Gemeinde Bieberehren

*) Bd. 1. S. 10 d. Rechtsf.

nicht angelegt hat, aber wahrscheinlich, daß er die Anlegung eines solchen Kapitales allda beabsichtigt hatte, weil er als Frühmesser sein Leben in Bieberehren beschließen wollte und auch wirklich beschlossen hat, weil er durch Errichtung eines solchen Vermächtnisses sich nach seinem Tode ein Denkmal der Unsterblichkeit sezen wollte, mehrere tausend Gulden baaren Geldes in seiner Kiste hinterließ und an der Anlegung des Kapitals durch den Tod verhindert worden ist. Im Grunde ist aber nicht die Gemeinde Bieberehren mit einem Vermächtnisse honorirt worden, von den Zinsen des Vermächtnisses sollen vielmehr gut erzogne arme Knaben in einem Handwerke unterrichtet werden, die Gemeinde Bieberehren ist, wie der Inhalt des Testamentes zeigt, blos die Verwalterin des Vermächtnisses, ohne daß derselben, als Gemeinde, ein Nuzen zufließt.

„Wenn übrigens der in dieser Art klare lezte Wille des Testirers noch einer Auslegung bedürftig wäre, so ist nach den Regeln der Auslegung lezter Willen gewiß, daß stets mehr für die Aufrechthaltung, als für die Hinfälligkeit derselben zu sprechen ist, weit weniger auf die Worte, als auf die Absicht des Testirers gesehen und im Zweifel die dem Honorirten vortheilhaftere Meinung gewählt werden muß.

„Unter Widerspruch alles Gegnerischen wird gebeten, das Urtheil erster Instanz lediglich zu bestätigen, und den Appellanten in die Kosten der zweiten Instanz zu verurtheilen" *).

§. 5.

Urtheil zweiter Instanz.

„Im Namen Seiner Majestät des Königs."

„Das königlich baierische Appellationsgericht für den

*) Wenn, wider all eErwartung, die Gemeinde Bieberehren auch in zweiter Instanz gesiegt hat, so ist doch gewiß ein solcher Sieg nicht durch diese flache, unschlüssige und leere Nebenverantwortung bewirkt worden. D. Herausg.

Untermainkreis erkennt in der Berufungsache des Konsulenten L. zu Würzburg gegen die Gemeinde Biebereheren, Vermächtniß betr., abändernd zu Recht:

> daß der Beklagte und Appellant Konsulent L., erst nach dem Tode der Dorothea H., Köchin des verlebten Frühmessers L., die von der Gemeinde Biebereheren in Anspruch genommenen tausend zweihundert Gulden auszuzahlen verbunden sei,

unter Vergleichung der Kosten zweiter Instanz.

Entscheidungsgründe.

„Der Beklagte und Appellant erachtete sich durch das erstrichterliche Urtheil vom 23. Mai 1826 für beschwert, weil er verurtheilt wurde, entweder vom 3. August 1823 an bis zum Todestage der Dorothea H. jährlich 10 Gulden und nach dem Ableben dieser Dorothea H. ein Kapital von 1200 Gulden oder sogleich ein Kapital von 200 Gulden nebst fünfprozentigen Zinsen vom 3. August 1823 an und nach dem Absterben der Dorothea H. noch ein Kapital von 1000 Gulden an die Verwaltung, welche in dem Testamente des verlebten Frühmessers L. vom 3. Juli 1823 zur Administration der den armen Knaben zu Biebereheren verschafften Stiftung bestimmt ward, zu entrichten.

Diese Beschwerde ist, in soferne der Appellant zu irgend einer Zahlung der in Frage stehenden 1200 Gulden vor dem Todestage der Dorothea H. für schuldig erkannt wurde, gegründet. Denn:

„1) Der Erblasser, Frühmesser L. hat in seinem Testamente vom 3. Juli 1823 bestimmt: daß seine Köchin Dorothea H. von einem zu fünf Prozent bei der Gemeinde Biebereheren angelegten Kapitale zu 1200 Gulden jährlich 50 Gulden erhalten, und was von den jährlichen Zinsen übrig bleibe, admassirt werden solle. Ferner hat er verordnet: nach Absterben der Dorothea H. sollten sämmtliche Zinsen von 1200 Gulden Kapital von der Gemeinde (nämlich Biebereheren) dazu angewendet werden, um gut

erzogne arme Knaben (aus dieser Gemeinde) ein nützliches Handwerk lernen zu lassen.

„2) Die leztwillige Verfügung läßt sich ganz bestimmt erklären, ohne daß eine Verbindung der beiden Stellen angenommen werden muß. Denn in der ersten Stelle ist eine Spezies vermacht, welche nicht besteht, folglich muß dieses Vermächtniß und die dabei ausgesprochene Admassirung von Zinsen als nicht geschrieben erachtet werden.

„3) Dagegen muß die zweite Stelle des Testamentes als selbständig und unabhängig berücksichtigt werden; in derselben hat der Testirer der Gemeinde Bieberehren zu dem genannten Zwecke 1200 Gulden ganz im Allgemeinen, ohne eine Spezies zu benennen, oder einen Gegenstand demonstrationis loco anzugeben, zugedacht, und es ergibt sich daraus deutlich die Absicht des Testirers, daß er seinen Erben nicht zu gleicher Zeit mit zwei Lasten beschweren wollte, nämlich mit der Zahlung von 50 Gulden an die Dorothea H. und auch der Zinsen von 1200 Gulden oder dieser Summe selbst.

„4) Es läßt sich daher hier zwar schon sagen: dies logati cessit; denn die Auszahlung des Vermächtnisses ist an den Tod der Dorothea H. gebunden, und daß diese sterben werde, ist gewiß, und eben so gewiß, daß die Gemeinde Bieberehren den Todestag derselben erleben werde, da sie als moralische Person gar nicht stirbt. Das Recht der Gemeinde ist daher begründet.

Fr. 213. D. de verb. signif. (50. 16.) Fr. 5. pr. §. 1. D. quando dies legat. (36. 2.)

Es ist auch der Anspruch der Gemeinde auf das fragliche Vermächtniß sogleich gegründet, (dies statim cedit.).

Fr. 46. D. ad Senatuscons. Vellej. (36. 1.)

„5) **Allein das Vermächtniß kann erst nach dem Tode der Dorothea H. gefordert werden, wie das Testament genau bestimmt, indem es dann erst zu milden Zwecken verwendet werden soll. Es ist sohin der Tag noch nicht**

Digitized by Google

gekommen, an welchem das Recht mit einer Klage verfolgt werden kann, (dies nondum venit.)

Fr. 21. D. quando dies legat. (36. 2.) Fr. 213. pr. D. de verb. signif. (50. 16.)

„6) Der klagende Theil verlangt zwar izt das Vermächtniß zu 1200 Gulden noch nicht, sondern erst, wenn Dorothea H. gestorben ist; allein auf die **Anerkennung** des Vermächtnisses hat er keine Klage, sondern blos auf dessen **Auszahlung**, und diese kann nicht izt schon, sondern erst nach dem Tode der Dorothea H. erfolgen. Insoferne, als das erstrichterliche Urtheil izt schon die Auszahlung ausspricht, scheint die Beschwerde dagegen gegründet, in soweit es aber die Auszahlung erst nach dem Tode der Dorothea H. bestimmt, ist die Beschwerde des Appellanten ungegründet, so wie auch dessen eventuelle Beschwerde, daß nicht erkannt worden sei, er könne sich durch dermalige Zahlung des Kapitales zu 1200 Gulden von der weiteren Verbindlichkeit befreien, nicht gerechtfertigt erscheint, da es an einem gesezlichen Grunde mangelt, den klagenden Theil schon izt für schuldig zu erkennen, sich die Zahlung des Vermächtnisses zu 1200 Gulden schon izt gefallen zu lassen, und zwar mit der Verbindlichkeit, die Dorothea H. bis zu ihrem Tode mit ihrer Forderung aus den Zinsen zu befriedigen.

„7) Der klagende Theil hat bei seinen begründeten Ansprüchen das Recht, wegen des ihm einst zu verabreichenden Vermächtnisses Kaution von dem Beklagten zu verlangen. Fr. 1. pr. §. 8. §. 2. Fr. 3. pr. §. 3. Fr. 5. §. 1. 2. Fr. 9. §. 1. Fr. 14. 15. 16. D. ut legat. vel fideicomm. serv. causa cav. (36. 3.) Allein hierauf hat der klagende Theil nicht angetragen, und von Amtswegen konnte darauf nicht eingegangen werden.

„Es mußte daher in der Hauptsache, wie geschehen ist, **erkannt werden.**

„Die Kosten dieser Instanz wurden, weil abändernd erkannt worden ist, verglichen.

Digitized by Google

„Urkundlich unter beigedrücktem Appellationsgerichtssiegel. Würzburg am 16. Februar 1827.

(Siegel.)

„Königlich baierisches Appellationsgericht für den Unter-Mainkreis.

J. M. von Seuffert, Präsident.

Frey.“

§. 6.

Oberberufung des Beklagten.

„Durch das am 2. März verkündete und am 16. Februar d. J. erlassene Urtheil des königlichen Appellationsgerichtes für den Untermainkreis finde ich mich beschwert, weil erkannt worden ist, daß ich nach dem Tode der Dorothea H. verbunden sei, der Gemeinde Biebereehren die von derselben in Anspruch genommenen 1200 Gulden auszuzahlen, und weil nicht vielmehr die gegnerische Klage definitiv abgewiesen wurde.“

„Meine Beschwerdegründe sind folgende:

I.

„In meiner Berufungschrift ist nachgewiesen:

a) daß das hier in Frage befindliche Vermächtniß als ein Legatum liberationis sub modo zu beurtheilen, und

b) als solches deßwegen unwirksam sei, weil die Forderung, von welcher der Legatar befreit werden soll, nicht existirt,

c) daß es hier unzuläßig sei, auf eine vorgebliche, von dem klaren Wortsinne abweichende Willensmeinung des Testirers Rücksicht zu nehmen,

d) daß jedoch diese Rücksicht, wenn sie genommen werde, die Unwirksamkeit des fraglichen Vermächtnisses bestätige.

„Die zur Ausführung dieser Säze dort vorgetragenen Gründe erkläre ich hiermit für den Hauptbestandtheil der gegenwärtigen Beschwerdeschrift, und bitte, dem höch-

sten Richterkollegium dieselben, so wie den ganzen Inhalt meiner Berufungschrift wörtlich vorzutragen. Diese Wiederholung kann einem Bedenken um so weniger unterliegen, als das in zweiter Instanz richtende Appellationsgericht die bezeichneten Gründe in seinen Entscheidungsmotiven nicht der geringsten Rücksicht gewürdigt, sie folglich auch nicht widerlegt hat. Nur einige Nachträge füge ich hier noch bei.

II.

„Die appellationsgerichtliche Entscheidung fußt a) auf der Behauptung: die leztwillige Verfügung lasse sich ganz bestimmt erklären, ohne daß eine Verbindung der verschiedenen Stellen angenommen werden müsse, und b) auf der — durch nichts gerechtfertigten Voraussezung, daß unter der in der angeblich selbständigen Stelle, welche von der Stiftung handelt, nicht genannten Gemeinde die von Bieberehren zu verstehen sei.

„Daß jene Behauptung unhaltbar sei, glaube ich in Nr. IV. besonders unter 1 und 4 meiner Berufungschrift überzeugend dargethan zu haben. Wenn man aber von der Verbindung der Stellen des Testamentes absieht, woran soll dann erkannt werden, daß es die Gemeinde Bieberehren sei, welche die 1200 Gulden zu dem angegebenen Zwecke verwenden soll? — In den appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen wird der Knoten durch einen Orakelspruch zerhauen, indem den Worten: „„von der Gemeinde,““ ohne alle Motive die Parenthese: „„nämlich Bieberehren““ unter Nr. 1. beigefügt wird. Indessen könnte man mit weit größerer Wahrscheinlichkeit die Gemeinde Euerhausen verstehen. Dieser hatte der Testirer einen großen Theil seines Lebens als Seelsorger angehört, hier hatte er sein Vermögen erworben, hier war ihm Alt und Jung wohl bekannt, hier endlich ist das Testament errichtet worden, dessen räthselhafte (?) Bestimmungen mehrere Prozesse in das Dasein riefen. In jedem Falle müßte es als höchst zweifelhaft

gelten, welcher Gemeinde mein Bruder die von ihm beabsichtigte Stiftung zugedacht habe. In einem solchen Falle hat aber die unbestimmte leztwillige Verordnung keinen Erfolg. „„Incertam autem personam,“ “ sagt hierüber ein trefflicher Schriftsteller, nämlich Mühlenbruch (doctr. pandect. §. 462.): „„eam vocamus, de qua ita
„„ambigue locutus est testator, ut, quam ille respexerit, certo definiri nequeat. Quod quidem incertitudinis genus, cum ex vitio orationis proficiscatur, utique esse impedimento ultimis voluntatibus, sponte intelligitur.“ “

„Vgl. Fr. 2. D. de his, quae pro non scriptis hab. (34. 8.) Fr. 62. §. 1. D. de hered. instit. (28. 5.)

III.

„In den appellationsgerichtlichen Entscheidungen wird — im Widerspruche mit dem hierüber ergangenen oberstrichterlichen Erkenntnisse — unter Nr. 1. die Meinung geäußert, daß die in dem Testamente zu Gunsten der Dorothea H. gemachte Anordnung für nicht geschrieben zu achten sei. Gleichwohl soll die Bestimmung wegen der Stiftung wirksam werden. Wahrlich! unverkennbar ist es, daß sich für die Aufrechthaltung des Vermächtnisses der Dorothea H. weit mehr sagen läßt, als für die der Stiftung; denn:

a) Dort ist die honorirte Person genau angegeben, hier ist eine völlig ungewisse Person honorirt.

b) Dorothea H. hatte wenigstens das für sich, daß der Erblasser verordnet hatte, es sollten seiner Köchin jährlich 50 Gulden gegeben werden, in Ansehung der gegenwärtigen Klägerin ist eine solche Bestimmung nicht vorhanden.

c) Das der Köchin bestimmte Vermächtniß konnte allerdings aus dem Gesichtspunkte jährlicher Alimente mit einer unrichtigen Anweisung des Fonds beurtheilt werden, eine gleiche Beurtheilung des gegenwärtigen Falles ist schlechthin unmöglich.

IV.

„Die in Nr. II. meiner Berufungschrift entwickelte Auslegung des Fr. 25. D. de liberat. leg. (34. 3.) ist durch eine neuere (in der münchner Universitäts-Bibliothek ohne Zweifel vorfindliche) Schrift, nämlich Ludov. Arndts dissert. ad leg. 25. D. de liberat. leg. Berolini 1825, welche sich mit dieser Gesezstelle ausschließend beschäftigt, in der Art bekräftigt, daß nachgewiesen wird, die dogmatische Ansicht des Cujas müsse als die richtige angenommen werden, wenn man gleich der von diesem Civilisten bewerkstelligten Berichtigung des Textes nicht beipflichte, sondern die gewöhnliche Lesart: „„sed poterit hoc dici,““ zu Grunde lege *).

Vgl. die jenaer Literatur-Zeitung v. J. 1826. Nr. 123. S. 19.

---

*) Jedoch mit der Berichtigung, daß man nach den Worten: „damnas esto non petere,“ ein Fragezeichen sezt. Unter Voraussezung dieser Berichtigung ergibt sich folgender Inhalt der betreffenden Pandektenstelle:

Wenn der Erblasser einer bestimmten Quantität ausdrücklich gedacht hat, und der Legatar ist diese wirklich schuldig, so wird man etwa sagen können, daß, wie im Falle einer unrichtigen Demonstration, der angegebene Betrag gefordert werden könne. Allein wird man dies sagen können, wenn der Erblasser verordnet hat: der Erbe solle die 100 Goldstücke von dem Legatar nicht fordern? Wenn er so gesagt hat: mein Erbe soll die 100 Goldstücke, die mir Titius schuldet, demselben geben; — so könnte man wohl versucht sein, anzunehmen, daß, gleichwie in dem Falle, wenn nur eine falsche Demonstration beigefügt ist, die Forderung von Seite des Titius Plaz greife. Allein auch hier kann ich nicht beistimmen, („quod mihi nequaquam placet“).

Die Berichtigung des Textes durch Einschaltung ist um so unbedenklicher, als bekanntlich in den Manuscripten auf die Interpunktionen überhaupt keine Sorgfalt verwendet ist.

Vgl. Arndts a. a. O. Wächter in der tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Bd. 2. S. 186.

„Auch mag hier noch bemerkt werden, daß der Lehrsaz des Cujas auch in die neueren Gesezbücher übergegangen ist.

Vgl. Codex Maximil. bavar. civ. Th. 3. Kap. 7. §. 14. Nr. 8. Allgem. Landrecht für die preussischen Staaten. Th. 1. Tit. 12. §. 417. 429.

V.

„Bereits in meiner Berufungschrift habe ich gezeigt, daß der Umstand, weil es sich hier von einer milden Stiftung handelt, es nicht rechtfertigt, ein nach gesezlicher Vorschrift unwirksames Vermächtniß aufrecht zu erhalten (vgl. IV. 2.). Es sei mir noch vergönnt, vorliegende Revisionschrift in dieser Hinsicht mit einer treffenden Aeußerung der göttinger Juristen-Fakultät zu schließen. Dieselbe bildet die Einleitung eines Rechtsgutachtens, welches die gedachte Fakultät in dem berühmt gewordenen Rechtstreite zwischen den Intestat-Erben des Handelsmannes Städel zu Frankfurt am Main und den Administratoren des städelischen Kunstinstituts ertheilt hat, und lautet folgender Maßen:

„„Die besondere Natur des Gegenstandes der vor„„liegenden Rechtsache bringt es mit sich, daß bei Beur„„theilung derselben das Gefühl des Richters weit mehr „„erregt wird, als dies sonst bei bürgerlichen Rechtstrei„„tigkeiten zu geschehen pflegt. Denn wenn den Klägern „„die von ihnen bezweckte Vernichtung des städelischen „„Testamentes gelingt, so wird zugleich die vom Testirer „„beabsichtigte Stiftung und reiche Ausstattung eines ge„„meinnüzigen und der Stadt Frankfurt zur Zierde ge„„reichenden Kunstinstituts vereitelt. Die Kläger haben „„daher ein den Beklagten zur Seite stehendes eben so „„natürliches, als mächtiges Vorurtheil zu bekämpfen, und „„es stellt sich ihnen selbst die laute Stimme des ganzen „„Publikums entgegen. — Dergleichen Rücksichten dürfen „„jedoch auf die rechtliche Beurtheilung der Sache „„durchaus keinen Einfluß haben, und den Rechtsgelehr-

„„ken nicht abhalten, die Giltigkeit des Testaments ledig„„lich nach den Gesezen des Rechts zu prüfen. „„Vielmehr muß dieser seine eignen Gefühle sorgfältig „„bewahren, um, wie Martin im Lehrbuch des bürger„„lichen Prozesses, 9te Ausg., S. 97, §. 63, sagt, durch „„den Menschen den Rechtsgelehrten und Richter in sich „„nicht verdrängen und sich nicht unwillkürlich zu dem „„Versuche hinreißen zu lassen, eine so großartige Stif„„tung mittels künstlicher Deutungen zu retten. Er muß „„sich mit der nothwendigen Unbefangenheit durch die „„Ueberzeugung waffnen, daß selbst die nüzlichste Anstalt „„nur dann einen Werth hat, wenn sie mit den Ge„„sezen des Rechts bestehen kann, deren Auf„„rechthaltung der Hauptzweck des Staats „„und wichtiger ist, als ein solches Beförde„„rungsmittel der Kultur, welche doch immer „„nur unter der Herrschaft der Geseze gedei„„hen kann *).""

„Diesem Allen zufolge geht meine Bitte dahin: durch ein abänderndes Erkenntniß die Gegnerin mit ihrer unstatthaften Klage abzuweisen."

§. 7.

Urtheil dritter Instanz.

„Seine königliche Majestät erkennen in Sache der Gemeinde Biebereehren gegen den Konsulenten L. zu Würzburg, als Testamentserben seines Bruders, des Frühmessers L. zu Biebereehren, wegen eines Vermächtnisses, zu Recht, und bestätigen das Erkenntniß des königlichen Appellationsgerichtes für den Unter-Mainkreis vom 16. Februar und eröffnet am 2. März 1827 aus den demselben beigefügten Entscheidungsgründen. Die Kosten dieser Instanz werden

*) A. a. O. S. 6.

kompensirt, und der Revident L. zu sechs Thalern Succumbenzgeld verurtheilt.

„München am 28. Februar 1829.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Baiern.

v. Ritter.

(Siegel.)

Sekr. Frankl.“

§. 8.

Schlußbemerkung.

Die Uebereinstimmung dreier Instanzen in Verurtheilung des Beklagten scheint allerdings die Vermuthung zu begründen, daß die Sache der klagenden Gemeinde eine gerechte sei. — Auf der andern Seite erheben sich aber Zweifel gegen diese Annahme, und zwar schon aus dem Umstande, daß die von dem Sachführer des Beklagten insbesondere in der Berufungschrift vorgetragenen Gründe in den Entscheidungsgründen der oberrichterlichen Urtheile keineswegs widerlegt wurden, indem man die fragliche Rechtsausführung ganz ignorirt und sie einer Beachtung gar nicht gewürdigt hat. Wenn die Beifügung der Entscheidungsgründe den Zweck hat, den unterliegenden Theil von der Gesezmäßigkeit des Urtheils zu überzeugen, so ist in vorliegendem Falle wahrlich nicht genug geschehen, um diesen Zweck zu erreichen. Den Motiven des zweiten Urtheils fehlt es, in der Hauptsache, ganz an einer gesezlichen Grundlage; man findet hier die Aeußerung einer Meinung, aber keine Spur eines Beweises für deren Richtigkeit; der Richter hat sich hier nicht als Gesezkundiger ausgesprochen, sondern nach Art eines Geschwornen; er hat uns das Resultat seines individuellen Dafürhaltens gegeben, unbekümmert um die mannigfachen Gesezesvorschriften, welche demselben entgegenstehen und demselben wirklich von dem Appellanten entgegengestellt wurden. — Da dieser interessante Rechts-

fall von dem Gerichte zweiter Instanz mit so wenig Gründlichkeit behandelt wurde, so durfte man um so zuversichtlicher hoffen, daß Alles, was der Beklagte zu seiner Vertheidigung vorgetragen hatte, von dem obersten Gerichtshofe auf das Sorgfältigste erwogen werden würde. Aber auch von dieser Seite wurden die gerechtesten Erwartungen getäuscht; auch der oberste Gerichtshof verurtheilt den Beklagten, ohne die Widerlegung seiner Vertheidigungsgründe zu versuchen; derselbe bezieht sich zur Rechtfertigung seines bestätigenden Erkenntnisses lediglich auf die ganz unbefriedigenden Gründe der zweiten Instanz. — Ist hierdurch der Vorschrift des Tit. VIII. §. 2. der Verfassungsurkunde nicht zuwider gehandelt worden?

Nach unserem Dafürhalten hätte dieser Rechtsstreit aus den von dem Beklagten vorgetragenen, unwiderlegt gebliebenen, Gründen zu **Gunsten desselben** entschieden werden sollen.

III.

III.

Besizentsezung durch eine öffentliche Polizeibehörde.

Von

J. B. Sartorius.

§. 1.

Einleitung.

Lorenz Mühling besaß in der Umgebung Würzburgs einen Garten neben dem Garten des Joseph Hegmeister, sie gränzten auf einer Terasse zusammen, worunter Hegmeister ein zu Küche und Keller eingerichtetes Gewölbe besaß, Mühlings Garten war mit einem Zaune und der Garten seines erwähnten Nachbarn mit einer Mauer eingefriedigt.

Es entspann sich nun ein Gränzstreit. Mühlings Zaun stieß nicht an die hegmeisterische Mauer an, sondern dazwischen befand sich noch ein Raum, von welchem aus man eine besonders schöne Aussicht auf das Mainthal hatte. Mühling rückte seinen Zaun auf diesen Raum vor. Hegmeister, behauptend, diese Stelle, worunter er das Gewölbe habe, sei sein Eigenthum, und der Zaun müsse $1\frac{1}{2}$ Schuh von seiner Mauer entfernt bleiben, rief den Stadtmagistrat, in seiner Eigenschaft als Polizeibehörde, zu Hilfe, welcher mit den Feldgeschwornen den Augenschein einnahm, und von denselben ein Gutachten abgeben ließ, obgleich Mühling gegen eine solche, angeblich nur dem

ordentlichen Gerichte zustehende, Handlung sich verwahrte. Das erwähnte Gutachten war ganz zu Hegmeisters Gunsten; der Magistrat ließ dasselbe auch in Vollzug sezen und den Zaun zurückrücken.

Mühling stellte eine Klage an, sie wurde aber, so wie sie angebracht war, abgewiesen. Eine neuerliche, sowohl gegen Hegmeister, als den Magistrat gerichtete Klage fand in ihrer ersteren Richtung Gehör, und hieraus haben sich die hier benüzten Akten gebildet.

Dieser Rechtstreit verdient in mehrfacher Hinsicht Beachtung, da sowohl über die Zuständigkeit der Polizeibehörden in Gränzstreitigkeiten, als über die Besizentsezung merkwürdige Fragen vorkommen.

---

§. 2.

Erste Klage und Abweisung derselben.

Am 6. Juli 1825 klagte Lorenz Mühling:

„Auf Veranlassung des Joseph Hegmeister nahm das Feldgericht von dem Zaune, welcher seinen Garten von dem meinigen scheidet, Einsicht, und gab am 23. März d. J. das hier beiligende Gutachten. Ungeachtet ich hiergegen sogleich auf den Rechtsweg provozirte, und dem Stadtmagistrate hiervon die Eröffnung machte, so will dieser dennoch das angeführte Gutachten in Vollzug bringen, und veranlaßt mich dadurch, klagbar aufzutreten.

„In Bezug auf dieses Gutachten widerspreche ich, daß mein Lattenzaun 1 Schuh zu nahe an die Mauer des Joseph Hegmeister gesezt ist, und daß diesem ein Recht zusteht, zu verlangen, daß mein Zaun 1½ Schuh von seiner Mauer entfernt und zurückgesezt werde. Mein Eigenthum geht bis an die Mauer des Joseph Hegmeister; so wie dieser nicht 1½ Schuh mit seiner Mauer von meinem Grund und Boden geblieben ist, sofort das Winkelrecht nicht beibehalten hat, bin auch ich nicht verbunden, ein Winkelrecht einzuhalten, und meinen Zaun 1½ Schuh von seiner Mauer entfernt zurückzusezen.

„Eben so widerspreche ich, daß dem Joseph Hegmeister das Recht zusteht, zu fordern, daß ich meinen Zaun von meinem Grund und Boden, unter welchem er ein Gewölbe oder einen Keller und eine Küche hat, entferne und ihn außerhalb jenes Plazes gegen mein Grundstück zu seze. Der Grund und Boden, auf welchem mein Zaun steht, ist auch Eigenthum von mir; dadurch, daß Joseph Hegmeister darunter ein Gewölbe oder einen Keller und eine Küche hat, ist demselben noch kein Recht erwachsen, mir zu verbieten, auf der mir eigenthümlichen Oberfläche einen Zaun zu haben.

„Ich stelle demnach die Bitte: zur schlüßigen Verhandlung der Sache eine Tagfahrt anzuberaumen, und nach eingetretenem Aktenschlusse zu erkennen, dem Joseph Hegmeister stehe das Recht nicht zu, von mir zu fordern, meinen Lattenzaun auf meinem Grund und Boden 1½ Schuh von seiner Mauer zurückzusezen, und denselben Zaun, da wo er auf meinem Grund und Boden, unter welchem Joseph Hegmeister ein Gewölbe oder einen Keller und eine Küche hat, steht, so zu führen, daß er außerhalb des Plazes, unter welchem der hegmeisterische Keller nebst Küche sich befindet, gegen mein Grundstück zu stehen kömmt, mein Zaun habe daher so, wie er bei der feldpolizeilichen Einsicht gestanden, fortzubestehen, und Joseph Hegmeister mir alle Schäden und Kosten zu erstatten."

Beilage. Abschrift.

Geschehen Würzburg am 23. März 1825.

Gegenwärtige:

Bürgermeister B.

Aktuar S.

dann

die Feldgeschwornen

rc. rc.

Die hier genannten Feldgeschwornen bringen vor:

„Wir haben in Folge erhaltenen Auftrages in den Gärten des Joseph Hegmeister und Lorenz Mühling in der

Mainleite in Gegenwart der Betheiligten Einsicht genommen und Folgendes gefunden:

„a) Lorenz Mühling hat seinen Lattenzaun an die hegmeisterische Mauer wohl einen Schuh zu nahe gesezt, weßhalb dieser Zaun einen Schuh von dem izigen Standpunkte zurückzusezen ist, so daß er 1½ Schuh von der Mauer entfernt steht.

„b) Hegmeister hat unter seiner Mauer einen 12 Schuh tiefen Keller sammt Küche, welcher gegen das mühlingische Grundstück zu zieht. Auf diesem Keller steht der von Mühling neu gesezte Lattenzaun. Der fragliche Keller und die Küche bestehen schon seit mehreren Jahren, welches Mühling selbst zugestand und auch aus dem Augenscheine sich ergibt. Hegmeister ist daher zu dem Antrage berechtigt, daß am Endpunkte der mühlingischen und am Anfange der hegmeisterischen Mauer bis zum Felsenrangen der Zaun im rechten Winkel gegen den Felsen hinauf geführt werde, und zwar so, daß er außerhalb des Plazes, unter welchem der hegmeisterische Keller nebst Küche sich befindet, gegen das mühlingische Grundstück hin zu stehen kömmt."

Unterschriften.

Am 26. Juli 1825 theilte das königliche Kreis- und Stadtgericht Würzburg dem Beklagten die gestellte Klage zur Nachricht mit, und sprach aus, daß dieselbe in der Art, wie sie angebracht sei, zurückgewiesen werde, da der Kläger selbst nicht behauptet habe, daß er in dem Besize seines Grundes und Bodens gestört, oder das von den Feldgeschwornen abgegebene Gutachten zu seinem Nachtheile bereits in Vollzug gesezt worden sei, sohin der Kläger noch keine wirkliche Rechtsverlezung erlitten habe, und ihm in jedem Falle die gesezlichen Rechtsmittel zur Erhaltung seines Besizstandes, so wie das Recht zur Provokation des Joseph Hegmeister zur Seite stünden, um sich gegen die Ansprüche des Lezteren zu vertheidigen.

§. 3.

Erneuerte Klage und Verhandlungen.

Am 6. August 1825 erklärte Lorenz Mühling in einer Eingabe Folgendes:

„An demselben Tage und während derselben Zeit, da ich meine vorige Klage einreichte, hat sich die in der Beilage benannte Kommission des Stadtmagistrates bei mir eingefunden, das Gutachten der Feldgeschwornen meiner Gegenvorstellung ungeachtet in Vollzug gesezt und mich dadurch auf eine offenbar widerrechtliche Weise aus dem Besize des in dem Gutachten unter den Buchstaben a und b bezeichneten Theiles meines Grundes und Bodens geworfen.

„Daß ich im Besize dieses Grundes und Bodens war, dessen ich nun beraubt worden bin, ergibt sich aus dem Gutachten selbst; die Thatsache der Besizentsezung bestätigt das hier beiliegende Kommissions-Protokoll vom 6. Juli d. J. und daß diese Entsezung widerrechtlich ist, bedarf keines besondern Beweises, dieß spricht sich in dem Verfahren deutlich genug aus. Hierbei ist auch zu erwägen, daß ich gegen das Gutachten der Feldgeschwornen bei der Polizeibehörde sogleich Verwahrung eingelegt und erklärt habe, die Sache auf dem Rechtswege austragen zu wollen.

„Des gegen mich unternommenen Spoliums ist sowohl Joseph Hegmeister, welcher darauf den Antrag gestellt hat, als auch der Magistrat schuldig, welcher, mit Ueberschreitung der ihm durch die Verfassung eingeräumten Zuständigkeit, das Gutachten der Feldgeschwornen vollzogen hat, ohne meine Berufung auf den Rechtsweg zu achten. Deswegen richte ich meinen Antrag gegen beide, und bitte, zur schlüßigen Verhandlung der Sache eine Tagfahrt anzuberaumen, nach geschlossener Instruktion aber zu erkennen, daß mein von der Magistrats-Kommission am 6. Juli d. J. herausgenommener Zaun wieder dahin,

wo er gestanden, zu sezen, und der Gegentheil verbunden sei, mir alle verursachte Schäden und Kosten zu ersezen."

Beilage. Abschrift.

Geschehen Würzburg am 6. Juli 1825.

Gegenwärtige:

Polizeioffiziant F.

Aktuar F.

dann

2c. 2c.

Zur Entschöpfung des Beschlusses vom 27. Juni 1825 und eines Nachresoluts vom 2. Juli näml. J. begab sich heute die zur Seite benannte polizeiliche Kommission an Ort und Stelle, um Alles in Vollzug zu bringen, was das Gutachten der Feldgeschwornen vom 23. März d. J. dem Joseph Hegmeister zuspricht. Man sezte vor Allem den Lorenz Mühling von der Ursache des Erscheinens der Kommission und der Sachverständigen in Kenntniß, allein Mühling wollte gar nichts hören, und lief davon. Man begab sich sonach an den streitigen Plaz, die Sachverständigen suchten die früher angegebene Gränzlinie wieder auf, und gaben an, wie der Zaun sowohl in der Quere als längs der Mauer zurückgesezt werden müsse.

Mühling benahm sich während dieses Aktes höchst unruhig und tumultuarisch, und sprach, daß das Gutachten der Feldgeschwornen unrichtig sei, dieselben die Sache nicht verstünden, und es höchst ungerecht sei, wenn man ihm sein Eigenthum nehme. Nachdem die Taglöhner beauftragt waren, Hand an den Zaun zu legen, um solchen einen Schuh zurückzusezen, schrie er, lieber wolle er keinen Zaun mehr haben, und fing an, ihn selbst wegzureißen.

Nachdem der Zaun bis an den Punkt weg war, wo er queer hinüberlaufen sollte, sträubte sich Mühling in größter Hize wieder sehr, diese Querscheidewand sezen zu lassen, und zog wieder mit „Unrecht" und „Nichtverstehen" gegen die Feldgeschwornen los. Nichtsdestoweniger

wurde nach dem Gutachten der Geschwornen auch dieser Querzaun gesezt und gehörig befestigt.

Hierauf ließ man, um fernere Streitigkeiten für die Folge zu vermeiden, den herausgenommenen Zaun, welcher dann außer den zugemachten Linien gelegen wäre, in die Lokalitäten des Mühling bringen, und da die Sachverständigen die Sache für entschöpft hielten, so wurde dieser Akt geschlossen. Hierbei bestanden aber die Feldgeschwornen ausdrücklich darauf, den Lorenz Mühling wegen seiner höchst beleidigenden Aeußerungen zur Untersuchung und zur verdienten Strafe zu ziehen.

Vorgelesen, genehmigt und unterzeichnet.

Unterschriften.

Zur Beglaubigung der Abschrift

(Siegel.) F. Polizeioffiziant.

Durch Verfügung vom 12. August 1825 wurde diese erneuerte Klage dem Joseph Hegmeister mitgetheilt und zur protokollarischen schlüßigen Verhandlung Tagfahrt anberaumt, hinsichtlich des Stadtmagistrates wurde sie als unstatthaft abgewiesen, da derselbe in dieser Sache als öffentliche Behörde in gesezlicher Form gehandelt habe, sohin nur allenfalls auf Entschädigung belangt werden könnte, und also hier in Beziehung auf denselben eine unzuläßige Klagehäufung eintreten würde.

Joseph Hegmeister gab seine Vernehmlassung ab: „Der Spolienklage des Lorenz Mühling stehen vor Allem mehrere prozeßhindernde Einreden entgegen, nämlich:

1) die Einrede des unrecht gewählten Beklagten,

2) eventuell des nicht zuständigen Richters, und

3) auf den schlimmsten Fall die Einrede der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache.

„Zu 1) Der Kläger gesteht selbst zu, daß nicht ich, sondern der Stadtmagistrat seinen angelegten Zaun herausnehmen und in seine Gränzen sezen ließ. Es ist also auf Befehl der Obrigkeit gehandelt worden, und ich kann nicht belangt werden, wenn ich gleich bei dem Stadtmagistrate, als Polizeibehörde, den Antrag gestellt habe, den

Lorenz Mühling anzuhalten, daß er seinen vorgesezten Zaun wieder wegnehme.

L. 11. D. de adquir. vel amittenda poss. (41. 2.) L. 5. D. de vi et vi arm. (43. 16.) L. 167. §. 1. D. de reg. jur. (50. 17.) Leyser medit. Spec. 504. med. 8. 9. et 4.

Selbst angenommen, jedoch nicht zugegeben, daß der Kläger an irgend einem Rechte beeinträchtigt worden sei, so habe doch nicht ich denselben spolirt, ich bin sohin der unrechte Beklagte, und nicht verbunden, auf die Klage mich einzulassen.

L. 3. §. 11. D. de vi et vi arm. (43. 16.)

„Zu 2) Auch schüzt mich die Einrede des nicht zuständigen Gerichtes. Die vorliegende Sache ist keine Rechtsache, sondern eine reine Feldpolizei-Sache, und muß sohin von der Schwelle des königlichen Kreis- und Stadtgerichtes abgewiesen werden. Für die Aufrechthaltung der gehörigen Anwende auf dem Felde zu sorgen, ist lediglich Sache der Feldpolizei, und zur Schlichtung von dergleichen Streitigkeiten ist das Feldschiederamt, welches auch sein Gutachten abgegeben hat, aufgestellt. Eine Beschwerde wegen Nichtbeobachtung der Polizeigeseze ist, wie ich auch richtig beobachtet habe, bei der geeigneten Polizeibehörde anzubringen, indem es dem Gerichte nicht zusteht, über einen polizeilichen Punkt irgend eine Entscheidung zu erlassen. Die gegenwärtige Klage eignet sich daher nicht zur rechtlichen Austragung, sondern zur Entscheidung des Stadtmagistrates als Polizeibehörde. Das königliche Kreis- und Stadtgericht hat auch in einem ganz ähnlichen Falle, in der Streitsache des Bierbrauers Lauk zu Zell gegen die Rosenwirthin Weikert allda wegen Gränzberichtigung, also entschieden und seine Unzuständigkeit ausgesprochen.

„Zu 3) Nachdem aber der Stadtmagistrat bereits ausgespochen hat, daß das durch ihn von den Feldgeschwornen am 23. März 1825 erhobene Gutachten als für beide Theile verbindend angenommen werde, wenn kein

Theil von da an binnen 14 Tagen die Betretung des Rechtsweges nachweisen würde, Mühling aber in der ihm vorgesezten Frist den Rechtsweg nicht einschlug; so ist das von der Feldpolizei-Behörde erlassene Erkenntniß in Rechtskraft übergegangen, es steht also die Einrede der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, und ich stelle die Bitte, von dem Stadtmagistrate die bereits in dieser Sache gepflogenen Verhandlungen abzuverlangen und bei Aburtheilung der gegenwärtigen Klage zu berücksichtigen.

„Diese drei Einreden befreien mich von der Verbindlichkeit zur Einlassung auf die Klage und berechtigen mich, auf Entbindung von dieser anzutragen.

„Nur eventuell bemerke ich noch:

„a) Zum Begriffe eines Spoliums gehört die Beraubung oder unrechtmäßige Entziehung einer Sache.
L. 1. §. 23. D. de vi et vi arm. (43. 16.)

Allein es gebricht hier an diesem wesentlichen Erfordernisse. In der Nacht vom 1. auf den 2. März, als sich der Kläger, welcher mit den Seinigen das ganze Jahr hindurch in seinem Garten wohnet, sicher genug glaubte, erlaubte sich derselbe, seinen früher etwa 4 Schuh lang angelegten Zaun um mehr als 20 Schuh in der Länge und mehrere Schuh in der Breite zu vergrößern, und zwar nicht auf seinem eigenthümlichen Grund und Boden, sondern vielmehr, wie die Feldgeschwornen begutachtet haben, auf meinem eigenen, so daß mit Anbruch des Tages zum Erstaunen der Gartennachbaren, der unten an der volkreichen, nach Heidingsfeld sich ziehenden Hauptstraße Vorbeireisenden und der auf dem gerade gegenüber liegenden Schießplaze befindlichen Gäste diese widerrechtlich vollzogene Zaunvergrößerung ersichtlich war. Dadurch hat also der Kläger mich spolirt, und ich wurde veranlaßt, zur Wegschaffung dieses Werkes auf Einschreitung des Stadtmagistrates, als zuständiger Behörde, anzutragen. Allein gegen mich liegt ein Spolium oder eine unerlaubte Selbsthilfe gar nicht vor. Die magistratischen Akten bewähren, daß der Kläger heimlich zur Nachtzeit sich in

Digitized by Google

den Besiz dieser Zaunvergrößerung eindrängen wollte, daß er nie im ruhigen Besize derselben war, indem ich sogleich bei der ersten Ansicht derselben bei dem Stadtmagistrate mich beschwerte, daß ihm daher die Gerichtsordnung Kap. 3. §. 5. entgegensteht.

„b) Ich widerspreche daher, daß der Kläger von mir spoliirt worden ist; ich widerspreche, daß der Grund und Boden, worauf er den Zaun angelegt hat, sein Eigenthum, daß ihm der Besiz dieses Zaunes von dem Stadtmagistrate auf eine unrechtmäßige Weise genommen worden ist.

„c) Ich seze ferner entgegen, daß der Kläger sogar mit dem Geschehenen zufrieden war, und ihm daher nach L. 1. §. 5. D. de injur. (47. 10.) und Cap. 2. X. de restit. Spoliat. (2. 13.) die Spolienklage nicht zusteht, indem er nach dem Protokolle des Stadtmagistrates vom 6. Juli 1825, welches der gegnerischen Klage beiliegt, nachdem die Taglöhner beauftragt waren, Hand an den Zaun zu legen, um solchen zurückzusezen, erklärte, er wolle lieber keinen Zaun haben, und anfing, ihn selbst auszureißen.

„Unter allgemeinem und besonderem Widerspruche wird daher die eventuelle Bitte gestellt, den Kläger mit seiner Klage abzuweisen und in alle Kosten zu verurtheilen.“

Der Kläger replizirte:

„Vor Allem verwahre ich mich gegen die Rechtskraft der Verfügung v. 12. Aug. 1825, soferne diese meine Klage hinsichtlich des Stadtmagistrates als unstatthaft abweißt, und behalte mir vor, meine Beschwerde dagegen mit der Berufung in der Hauptsache, wenn ich sie zu ergreifen veranlaßt werde, zu verbinden. Der Stadtmagistrat hat dadurch, daß er meiner Erklärung, den Rechtsweg betreten zu wollen, ungeachtet das Gutachten der Feldgeschwornen vollzogen hat, die Gränzen seiner Zuständigkeit überschritten, das Spolium gemeinschaftlich mit dem Beklagten begangen, und ist daher von mir mit vollem Rechte belangt.

„Was das gegnerische Vorbringen angeht, so ist die Einrede des unrecht gewählten Beklagten unstatthaft, denn es handelt sich hier von einer widerrechtlichen Vertreibung aus dem mir zugestandenen Besize, und dieß ist ein Gegenstand, welcher nur vor der einschlägigen Justizbehörde verhandelt und entschieden werden kann. Hierdurch erledigt sich auch die Einrede des unzuständigen Gerichtes.

„Die Einrede der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache ist eben so ungegründet, weil dem Stadtmagistrate in solchen streitigen Rechtssachen keine Gerichtsbarkeit zusteht.

„In Bezug auf die zur Nachtzeit angeblich vorgenommene Zaunvergrößerung berufe ich mich auf meinen Vortrag in der Klage, und widerspreche, — jedoch blos eventuell — daß der Grund und Boden, auf welchem mein Zaun stand, Eigenthum des Beklagten ist. Sachdiensam ist es, daß der Beklagte einräumen mußte, der Zaun sei in der Art, wie ich in der Klage angegeben habe, weggenommen worden.

„Der Widerspruch, daß von dem beklagten Theile ein Spolium begangen wurde, und der Grund und Boden, worauf der Zaun angelegt war, mein Eigenthum ist, stellt sich nach Lage der Akten als offenbar ungegründet und unstatthaft dar.

„Ich widerspreche, daß ich mit der Zurücksezung des Zaunes zufrieden war, vielmehr habe ich mich dagegen ausdrücklich verwahrt.

„Unter einem allgemeinen Widerspruche bestehe ich auf meiner Klage."

Die Duplik wurde unterlassen.

§. 4.

Erkenntniß erster Instanz.

Das königliche Kreis- und Stadtgericht Würzburg erkannte am 22. November 1825:

„Der Beklagte, Joseph Hegmeister, ist verbunden,
„auf seine Kosten den Zaun des Klägers, Lorenz
„Mühling, in der Art und an den Ort, wie und
„wo er vor seiner Abreißung am 6. Juli 1825 ge-
„standen war, zu setzen, demselben die Prozeßkosten
„mit acht Gulden $18\frac{3}{4}$ Kr. und alle Schäden zu
„ersetzen, und gegenwärtiges Urtheil allein auszu-
„lösen."

Entscheidungsgründe.

„Lorenz Mühling besitzt in der Mainleite einen Garten neben dem Garten des Joseph Hegmeister. Dieser hat bei seinem Garten eine Mauer, welcher Mühling einen Zaun widerrechtlich zu nahe gesetzt haben soll; denn Hegmeister will, daß dieser Zaun $1\frac{1}{2}$ Schuh von seiner Mauer entfernt bleibe; angeblich hat er unter dem Boden vor seiner Mauer Küche und Keller, und er behauptet, daß auf diesen des Nachbarn Zaun nicht stehen dürfe. Während die Sache rechtshängig war, am 6. Juli 1825, setzte eine Kommission des Stadtmagistrates den Zaun wirklich zurück, und Mühling trug sofort auf Wiedereinsetzung in seinen gestörten Besitz bei dem königlichen Kreis- und Stadtgerichte an.

„Die am 6. August angestellte Klage ist die Spolienklage. Da diese Klage durch das kanonische Recht aus dem römischen Interdictum unde vi gebildet worden ist, so muß die Zuläßigkeit derselben sowohl nach den Bestimmungen des kanonischen Rechtes über das Spolium, als nach den Vorschriften der römischen Gesetzgebung über das Interdictum unde vi beurtheilt werden.

Vgl. Schweppe, römisches Privatrecht. (2te Ausg. Altona 1819.) §. 561.

„Hiernach ergibt sich, daß in dem gegenwärtigen Falle die Spolienklage zuläßig ist; denn der Kläger war im Besitze des streitigen Platzes, und wurde gewaltsam durch den Beklagten unter Beihilfe des Stadtmagistrates

aus diesem Besize vertrieben. Diese beiden Punkte erhellen liquid aus den Akten.

„Gegen die Klage hat der Beklagte folgende prozeßhindernde Einreden vorgebracht:

1) des unrecht gewählten Beklagten,

2) des unzuständigen Richters und

3) der bereits rechtskräftig entschiednen Sache.

„Zu 1) Die Einrede des unrecht gewählten Beklagten will Hegmeister dadurch begründen, daß er angibt, nicht er selbst persönlich, sondern der Stadtmagistrat habe die Besizstörung begangen. Allein da der Beklagte zugesteht, daß er selbst freiwillig den Magistrat zu der fraglichen Handlung erbeten und vermogt habe, sich sohin als die eigentliche Hauptperson und den Magistrat nur als ausübendes Organ darstellt; so erscheint Hegmeister allerdings als der eigentliche Beklagte, und es ist auch bereits durch Verfügung vom 12. August ausgesprochen worden, daß die Klage aus dem aufgestellten Grunde des Spoliums gegen den Stadtmagistrat gar nicht begründet sei. Aus den von dem Beklagten angeführten römischen Gesezen kann für denselben nichts Sachdienliches folgen, denn die L. 3. §. 11. und L. 5. D. de vi et vi arm. (43. 16.) passen gar nicht hierher, und die übrigen Geseze höchstens nur auf den ersten Anschein. Wenn gleich die L. 11. D. de adquir. vel amitt. poss. (41. 2.) den Besiz „autore Praetore“ als rechtlich anerkennt und die L. 167. D. de reg. jur. (50. 17.) bestimmt, daß derjenige, welcher auf Befehl eines Richters, dem er gehorchen muß, etwas thut, rechtlich handelt; so erhellt doch, daß diese Geseze ganz andere Fälle voraussezen, und daß der Magistrat nicht mit dem römischen Praetor und Judex, welche beide mit der Gewalt eines Civilrichters bekleidet waren, verglichen werden kann. Die Einrede des unrecht gewählten Beklagten ist daher unbegründet.

„Zu 2) Ebenfalls unbegründet ist die Einrede des unzuständigen Richters. Die gegenwärtige Sache ist keineswegs nach der Behauptung des Beklagten eine Polizei-,

sondern eine wahre Civilrechtsache. Gränzverwirrungen, Gränzüberschreitungen und Besizstörungen an Grundstücken sind Handlungen, wodurch das Privatrecht der Bürger gefährdet wird, und worüber die Privatrechts-Gesezgebung die treffenden Bestimmungen enthält. Wenn über solche Verhältnisse Streit entsteht, ist sohin das Civilgericht zuständig, und der Magistrat darf sich nach den Vorschriften der Verordnung über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden vom 17. Mai 1818. §. 69 und der Instruktion für die Polizeidirektionen vom 24. Sept. 1808 (Regier. Bl. v. 1808. Stück LXIII. S. 2510 u. f.) §. 89 nicht einmischen. In dem gegenwärtigen Falle hat der Magistrat dadurch seine Befugnisse überschritten, daß er Mühlings Zaun zurücksezte, indem es sich hier um ein streitiges Eigenthum, um das Mein und Dein, um Verlezung eines privatrechtlichen, nicht feldpolizeilichen Gesezes handelte. Der Fall in Sache des Kilian Lauk, Bierbrauers zu Zell, gegen die Witwe Weikert, Gränzberichtigung betr., womit der Beklagte seine Einrede zu unterstüzen suchte, ist von dem gegenwärtigen ganz verschieden. Dort kam es darauf an, daß zwischen den Weinbergen der Parteien einige Schuhe leerer Raum gelassen werden solle, die sogenannte Anwende; dies ist allerdings eine Feldpolizei-Sache, und es gibt auch darüber feldpolizeiliche Vorschriften; allein hier liegt ein ganz anderes Verhältniß vor, in welchem die Handlungen des Magistrates keine bindende Kraft haben. Aus diesem Grunde hat es auch auf die deßfallsigen Akten des Magistrates gar nicht anzukommen.

„Zu 3) Die Einrede, daß die Sache bei dem Stadtmagistrate rechtskräftig entschieden worden sei, ist aus den eben angeführten Gründen unerheblich. Der Magistrat konnte den Rechtsweg nicht sperren, und Einschreitungen einer unzuständigen Stelle bringen den Parteien keinen rechtlichen Nachtheil.

„Die drei vorgeschüzten prozeßhindernden Einreden

fallen daher zusammen, und die bedingte Einlassung des Beklagten ist für eine unbedingte zu erachten.

„Der Beklagte hat ferner vorgebracht, daß sich der Kläger nächtlicher Weile heimlich in den Besiz des streitigen Plazes gesezt habe, und daß dieser Plaz nicht das Eigenthum des Klägers sei. Auch dieses Vorbringen ist unerheblich. Denn nach den Gesezen ist die Einrede, daß der Kläger durch Gewalt, heimlich oder bittweise besessen habe, unzuläßig, und vor der Beseitigung des Spoliums soll der Rechtstand gar nicht untersucht werden.

§. 6. J. de interdict. (4. 15.) „„Recuperandae „„possessionis causa solet interdici, si quis ex posses„„sione fundi vel aedium vi dejectus fuerit. Nam ei „„proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui „„dejecit, cogitur, ei restituere possessionem, licet „„is ab eo, qui dejecit, vi vel clam vel pre„„cario possideat.““

Cap. 5. X. de restit. Spoliat. (2. 13.) „„Cum „„quis dicit, se de possessione violenter ejectum, et „„adversarius dicit, eum non fuisse canonice institu„„tum; respondemus, *prius* de violenta eje„„ctione, quam de canonica institutione agi „„debere, quia praedo etiam est secundum rigorem „„juris restituendus.““

„Die Behauptung endlich, daß sich der Kläger mit dem Geschehenen zufrieden erklärt habe, folgt nicht daraus, daß derselbe bei dem Abreißen des Zaunes sagte, er wolle lieber gar keinen Zaun, und daß er bei dem Abreißen selbst Hand anlegte. Dieses waren blos Aeußerungen des in ihm erregten Unwillens, welchen die Absicht eines Verzichtes auf Recht und Besiz mangelte, und außerdem ist es auch noch aktenmäßig, daß der Kläger fortwährend gegen die Abreißung des Zaunes protestirte.

„Die gänzliche Sachfälligkeit des Beklagten ist nach dem Vorgebrachten außer Zweifel, und er mußte sohin sowohl in der Hauptsache, als zum Ersaze der Schäden und Kosten verurtheilt werden."

Nebstdem wurde dem Stadtmagistrate in einem besondern Schreiben die Ueberschreitung seiner Zuständigkeit bemerkt, wogegen sich aber derselbe verwahrte.

§. 5.

Berufung des Beklagten.

Der Beklagte reichte folgende Berufungschrift ein:

„Ich finde mich beschwert,

„1) weil die von mir entgegengesezte Einrede des unzuständigen Richters und

„2) die der bereits rechtskräftig entschiednen Sache verworfen,

„3) eventuell, weil die angestellte Spolienklage als gegründet befunden wurde;

„4) ferner weil ich als der Spoliirende bin angesehen und verurtheilt worden, auf meine Kosten den Zaun des Klägers in der Art und an den Ort, wie und wo er vor seiner Abreißung am 6. Juli 1825 gestanden war, zu sezen, und

„5) endlich weil mir die Verbindlichkeit zum Ersaze der Prozeßkosten und aller Schäden aufgebürdet wurde.

„Zu 1) Der Stadtmagistrat, dem die Ausübung der Polizeigewalt zusteht, hat vor Allem dafür zu sorgen, daß jeder Güterbesizer im ruhigen Besize seiner Gränzen erhalten und gegen jede eigenmächtige Beeinträchtigung seines Eigenthumes geschüzt werde. Da nun der Kläger heimlich in der Nacht in meinen Garten geschlichen ist, und dort seinen Besiz durch Erweiterung seines Zaunes auf meinen Grund und Boden auszudehnen sich erdreistet hat: so lag es vor Allem in der Befugniß des Magistrates, den Frevler, welcher nicht leugnen konnte, diese That begangen zu haben, in seine Schranken zurückzuweisen, den vorigen Stand der Sache wiederherzustellen, und ihm zu überlassen, seine vermeintlichen Ansprüche bei Gericht auszutragen. Sogar die Vorsteher auf dem Lande, als Ortspolizeibehörden, ordnen auf gemachte Anzeige

von

von solchen Beeinträchtigungen die Feldschieder zur Einsicht ab, und bringen die Frevler nicht nur in ihre Gränzen zurück, sondern ziehen sie auch zur gebührenden Strafe; denn diese Befugniß geht aus dem Begriffe der Sicherheitspolizei in Bezug auf das Eigenthum hervor. Es wird auch durch diese Maasregel nicht in den Wirkungskreis des bürgerlichen Richters eingegriffen, weil dem angeblich Berechtigten seine Klage bei jenem unbenommen ist.

„Zu 2) Eben so statthaft ist die Einrede der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache. Der Stadtmagistrat hatte ausgesprochen, das von ihm durch die Feldgeschwornen erhobene Gutachten werde als verbindend angenommen werden, wenn kein Theil binnen 14 Tagen die Betretung des Rechtsweges nachweisen würde. Hätte Mühling sich durch diesen polizeilichen Ausspruch beschwert erachtet, so hätte er den Rekurs zur königlichen Regierung des Untermainkreises, Kammer des Innern, ergreifen müssen, allein er hat dieses nicht gethan, sondern das Erkenntniß des Magistrates in Rechtskraft übergehen lassen. Den Rechtsweg hat derselbe ohnehin in dem Laufe der vorgesezten Frist nicht eingeschlagen.

„Zu 3) Auf keinen Fall konnte die erhobene Spolienklage für gegründet angenommen werden. Unter Besizer wird derjenige verstanden, welchem vermöge der Natur seines Besizes das Recht zusteht, in eigenem Namen sich in der Regel aller auf die Schüzung und Wiedererlangung des Besizes abzweckenden gerichtlicher Zwangsmittel zu bedienen.

Thibaut über Besiz und Verjährung. (Jena 1802.) §. 8.

„Demgemäß wird, um die Spolienklage begründen zu können, erfordert, daß der Kläger das Recht oder die Sache, von welcher die Rede ist, als die seinige entweder wirklich körperlich innehabe, oder doch körperlich zu besizen die Gewalt habe, und zugleich in Ansehung seines Gegners rechtmäßig, d. h. nicht mit Gewalt, heimlich oder bittweise, überhaupt nicht in bösem Glauben besize.

5

Danz, Grundsäze der summarischen Prozesse. (Stuttgart 1798) §. 15.

„Allein der Kläger hat sich in der Nacht heimlich und eigenmächtig in Besiz gesezt, und war nie im ruhigen Besize, da ich sogleich bei dem Stadtmagistrate die Anzeige machte; ein solcher Besizer aber kann nicht geschüzt werden.

L. 3. C. unde vi. (8. 4.) „„Auctoritatem vobis „„rescripti nostri tenendae possessionis, quam vos per „„violentiam ademptam profitemini, accomodari nimis „„improbe postulatis.““

„Hieraus geht nicht nur hervor, daß die gegentheilige Spolienklage ganz ungegründet ist, sondern auch daß der **Kläger mich** spoliirt hat.

„**Zu** 4) In keiner Hinsicht konnte ich als der Spolirende angesehen, und, wie geschehen ist, verurtheilt werden.

„a) Die Spolienklage kann nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher den Kläger seines Besizes wirklich entsezt hat. Dieses ist von mir nicht geschehen.

„b) Das der Klage angelegte Protokoll vom 6. Juli 1825 beweißt, daß der vom Kläger ganz widerrechtlich gegen den früheren Bestand auf mein Eigenthum gesezte Zaun nicht von mir, sondern von einer Kommission des Stadtmagistrates eingelegt und der vorige Zustand der Sache wiederhergestellt worden ist. Die von mir entgegengesezte Einrede des unrecht gewählten Beklagten ist also unter diesen Verhältnissen um so mehr gegründet, als ich, wie das angeführte Protokoll zeigt, nicht einmal bei Einlegung des Zaunes gegenwärtig gewesen bin, noch weniger dabei Hand angelegt habe.

„c) Diese Einrede sucht zwar das Untergericht in seinen Entscheidungsgründen dadurch zu widerlegen und mich als den rechten Beklagten hinzustellen, daß es anführt, ich habe den Magistrat zu der fraglichen

Handlung erboten und vermogt, wornach ich als die eigentliche Hauptperson und der Magistrat nur als ausübendes Organ erscheine; allein diese Ansicht kann ich nicht mir aneignen. Nach der Zuständigkeit des Stadtmagistrates war ich befugt, mir seine Einschreitung zu erbitten, und sollte es, was ich jedoch nicht einräume, nicht in dem Bereiche desselben gelegen sein, in diesem Falle zu handeln, so hätte er mich, als einen Privatmann, der die Gränzen der amtlichen Befugnisse nicht genau kennt, an den zuständigen Richter verweisen sollen. Nachdem er jedoch in meinen Antrag eingegangen ist, den Gegner über meine Beschwerde vernommen, die Feldgeschwornen beigezogen und ein Erkenntniß erlassen hat; muß derselbe auf jeden Fall, gleich jedem Richter, der seinen Wirkungskreis übersprungen hat, für seine Handlungen haften, ohne daß mir eine Verantwortlichkeit zur Last fallen kann.

„Zu 5) Da sich aus dem Vorgetragenen allenthalben ergibt, daß blos Mühling als sachfällig zu betrachten ist, so hätte dieser, nicht ich, in die Kosten und Schäden verurtheilt werden sollen.

„Ich bitte, abändernd zu erkennen:

zu 1 und 2) daß der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und in alle Kosten verurtheilt werde;

zu 3) eventuell: daß die von Mühling erhobene Spolienklage als ungegründet verworfen werde, und Mühling, alle Kosten zu tragen, verbunden sei;

zu 4 und 5) auf den äußersten Fall: daß nicht ich als Spolirender erscheine, daher von der Klage, unter Verurtheilung des Gegners in die Kosten, entbunden werde.“

Zu bemerken ist noch, daß Hegmeister den Werth des streitigen Plazes seiner Lage wegen auf 66 Gulden nachwies, und also die Berufungsumme als vorhanden erschien.

§. 6.

Nebenverantwortung des Klägers.

„Zu 1) Es handelt sich hier nicht um die Bestrafung eines Feldfrevlers, sondern um die Wiederherstellung eines Rechtszustandes und Aufhebung eines Spoliums, um meine Wiedereinsezung in einen gewaltsam entzogenen Besiz. Daß in einem solchen Falle nicht die örtliche Polizeibehörde, sondern das Gericht zuständig sei, unterliegt wohl keinem Zweifel. Es ist hergestellt, daß ich mich vor der Entsezung in dem Besize desjenigen Plazes, der mit meinem Zaune umgeben war, befunden habe, und daß ich von dem Beklagten, unter Beihilfe des Stadtmagistrates, gewaltsam aus diesem Besize verdrängt worden bin. Es liegen also alle Erfordernisse der Spolienlage vor. Auf die Beschaffenheit des Besizes kömmt es dabei gar nicht an.

§. 6. J. de interdict. (4. 15.) Cap. 5. X. de restit. Spoliat. (2. 13.)

„Falsch ist übrigens die Behauptung, daß ich eigenmächtig meinen Besiz durch Vorrückung des Zaunes auf den Grund und Boden des Beklagten erweitert habe; hiervon sagt selbst das ihm so günstige Protokoll vom 23. März 1825 nichts. Nirgends habe ich mich eines polizeiwidrigen Frevels schuldig gemacht, nirgends mich eines solchen schuldig bekannt, sondern mich nur immer in meinem Besize zu behaupten gesucht; mich aus diesem herauszuwerfen, beliebte wohl dem Magistrate, allein eben diese Handlung veranlaßte und berechtigte mich zu der Spolienklage vor dem zuständigen Gerichte.

„Zu 2) Der Beschluß des Magistrates war wegen Mangels der Zuständigkeit nichtig, nebstdem habe ich noch zeitlich genug eine Verwahrung eingereicht und erklärt, daß ich mich auf den Rechtsweg bewerfe. In dieser doppelten Hinsicht war ich gegen die vermeintliche Rechtskraft jenes Beschlusses gedeckt. Es lag ganz außer der Macht des Stadtmagistrates, mir eine Frist zur Klagestellung vor-

zustecken; dies hätte allenfalls mein Gegner nur durch eine Provokation bei der Justizbehörde bewirken können.

„Zu 3) Was der Gegner gegen die Beschaffenheit meines Besizes erinnert, ist verspätet, sofort unstatthaft, jedenfalls aber unrichtig. Ich beziehe mich deßfalls auf dessen Vernehmlassung und auf die Entscheidungsgründe des Untergerichtes. Die von mir erhobene Klage, nach dem römischen Rechte als Interdictum unde vi oder nach dem kanonischen Rechte als Spolium betrachtet, schließt nach den zu 1 angeführten Gesezen die Einrede des fehlerhaften Besizes als unzuläßig aus. Es ist aber auch, wie ich schon angeführt habe, unwahr, daß ich mich heimlich, eigenmächtig oder gar gewaltsam in Besiz gesezt habe.

„Zu 4) Daß Hegmeister der Spoliirende, sofort der rechte Beklagte sei, hat das Untergericht in seinen Entscheidungsgründen hinlänglich gezeigt, ich beziehe mich daher auf dieselben.

„Zu 5) Als den Spoliirenden trifft den Beklagten die Verbindlichkeit zum Ersaze der Kosten und Schäden.

„Ich bitte sonach, das untergerichtliche Erkenntniß seinem ganzen Inhalte nach zu bestätigen, und den Gegner auch in die Kosten der zweiten Instanz zu verurtheilen."

§. 7.

Erkenntniß zweiter Instanz.

Das königliche Appellationsgericht für den Untermainkreis erkannte am 5. Juni 1826:

„daß der Kläger mit der angestellten Spolienklage „abgewiesen werde, und die Kosten beider Instanzen „zu vergleichen seien."

Entscheidungsgründe.

„1) Die erste und zweite Beschwerde sind aus den Entscheidungsgründen des unterrichterlichen Erkenntnisses ungegründet.

„2) Die dritte Beschwerde aber ist gegründet.

Denn die Spolienklage, welche eine Erweiterung des römischen Interdiktes unde vi ist, hat ihren Grund in dem kanonischen Rechte, welches mit dem Namen Spolium jede unrechtmäßige Entziehung bezeichnet und unter demselben jede unerlaubte Beeinträchtigung als Selbsthilfe begreift, sonach den Saz aufstellt: Spoliatus ante omnia restituendus. Eigenmächtige Selbsthilfe kann im Staate nicht erlaubt sein, der Besiz muß dagegen Schuz finden, und nur vor der Staatsbehörde muß Jeder sein Recht geltend machen. Eine eigenmächtige Handlung hat aber der Beklagte nicht vorgenommen, da er Hilfe bei der Obrigkeit suchte, nämlich bei dem Stadtmagistrate, welcher sich in der Sache als zuständig aussprach. War jedoch derselbe in der Sache nicht zuständig, so hat nur dieser seine Befugniß überschritten, und durch Rekurs an die administrative Oberbehörde konnte nur dieser in seine Gränzen verwiesen werden. (?) Wenn eine obrigkeitliche Behörde selbst sich als zuständig anerkennt, und eine Besizentsezung vollzieht, so kann der bei derselben um Hilfe anrufende Unterthan nicht als Spoliant erscheinen. Wenn auch nach Cap. 7. X. de restit. Spoliat. (2. 13.) Handlungen des Richters, welcher gegen die gesezliche Ordnung vorschreitet, mit dem Namen Spolium bezeichnet werden, und hier der Richter als Spoliant erscheint, so ist er doch nur seiner ihm vorgesezten Oberbehörde darüber verantwortlich.

„3) Wegen Verschiedenheit der Erkenntnisse wurden die Kosten verglichen.“

§. 8.

Erkenntniß dritter Instanz.

Die Sache gedieh bis zur dritten Instanz. Da die Revisionschrift nichts Neues enthält, kann dieselbe hier weggelassen werden. Das Erkenntniß des königlichen Ober-Appellationsgerichtes vom 6. April 1827 bestätigte das appellationsgerichtliche aus folgenden Gründen:

„Lorenz Mühling stellte am 6. August 1825 wegen des angeblich gegen ihn von Joseph Hegmeister und dem Magistrate der Stadt Würzburg unternommenen Spoliums Klage, welche aber hinsichtlich des Magistrates als unstatthaft abgewiesen wurde. Dagegen verwahrte sich Mühling, erhielt jedoch in erster Instanz ein günstiges Urtheil gegen Hegmeister, so daß er nicht veranlaßt war, seine Verwahrung zur zweiten Instanz zu bringen. Da aber in zweiter Instanz Mühling mit der Spolienklage abgewiesen wurde, so war er noch befugt, in dritter Instanz auf seine Verwahrung zurückzukommen. Indessen wurde die Spolienklage hinsichtlich des Magistrates mit vollem Rechte als ungegründet betrachtet, weil diese Behörde schon wegen unterlassener Anzeige Mühling's über die bewerkstelligte neue Zaunsezung den vorigen Stand hätte herstellen lassen können, dieses aber nicht sogleich geschah, sondern erst am 6. Juli 1825, bis wohin Maier die wiederholte Auflage, die Betretung des Rechtsweges nachzuweisen, nicht entschöpfte. Die am 6. Juli darauf erfolgte Erledigung der polizeiordnungsmäßigen Aufträge begründet also gegen den Magistrat keine Spolienklage.

„Auch den Joseph Hegmeister trifft der Vorwurf eines Spolianten nicht. Er handelte nicht eigenmächtig, sondern erlangte nur, daß die Polizeibehörde nach der Feldgerichtsordnung den Zaun wieder in die alte Stelle zurücksezen ließ, wodurch vor der Hand kein Theil verlezt, und der Lauf der Justiz, woraus ein anderes Resultat hervorgehen könnte, gar nicht gehemmt ist.

„Unter diesen Verhältnissen ist schon gar nicht mehr nöthig, zu zeigen, daß eigentlich gegen die Spolienklage Mühling's die Einrede des Spoliums von Seite Hegmeister's begründet sei, welche dem Spolirten das Recht gibt, auf die Klage des Spolianten bis zur Wiederherstellung des Spoliums die Einlassung zu verweigern.

Cap. 1. de restit. Spoliat. in 6to. (2. 5.) Schweppe, römisches Privatrecht (Altona 1819) §. 561.

„Es mußte sofort, wie geschehen, gesprochen werden."

IV.

Wasserrecht.

Von

J. B. Sartorius.

§. 1.

Der Mühlbach zu Frankfurt läuft von der hohen Radmühle her in zwei Armen durch das Gebiet dieser Stadt, und ergießt sich sodann in den Main. Der eine Arm wird zu Waschanstalten benüzt, der andere bewässert mehrere Fischweiher. Den obersten Weiher an diesem lezteren Arme besaß die Witwe eines Fischermeisters, Namens Rau. Nach einiger Zeit fand sie für gut, das Fischergewerbe aufzugeben, und den ihr gehörigen Weiher zur Anlage einer Bleich- und Waschanstalt zu benüzen. Die Eigenthümer der unterhalb liegenden Weiher (durchaus Fischermeister) wurden hierdurch veranlaßt, klagend gegen die Witwe Rau aufzutreten; sie beschwerten sich, daß durch die vorgenommene Veränderung das Wasser nicht nur für die Fischzucht verdorben, sondern ihnen auch zu ihrem Schaden durch Ausschöpfen über die Gebühr entzogen werde, und sie baten, zu erkennen, daß die Beklagte nicht befugt sei, in das Wasser Lauge und Seifenbrühe zu gießen, noch es zum Waschen und Bleichen auszuschöpfen. In den beiden ersten Instanzen hatten die Kläger obsiegliche Urtheile erhalten. Die Beklagte ergriff die Revision, und die Akten wurden an das Spruchkollegium der Julius-Universität zu Würzburg versendet. Nach

demjenigen, was in der Vorrede des ersten Bandes dieser Rechtsfälle S. X gesagt worden ist, eignet sich diese Sache völlig hierher.

§. 2.

Die Beklagte fand sich beschwert:

1) weil ihr nicht das freie und ungeschmälerte Benützungsrecht des durch ihr Grundstück fließenden Bachwassers zugesprochen, und gegen die Kläger, unter Verurtheilung derselben in die Kosten, nicht die Abweisung mit ihrer Klage ausgesprochen, sondern vielmehr

2) ihr untersagt worden sei, Lauge und Seifenbrühe in ihren Weiher zu gießen, und daraus das zum Waschen und Bleichen nöthige Wasser zu schöpfen.

Zur Rechtfertigung dieser Beschwerden führte sie Folgendes an:

„Ich bin Eigenthümerin eines an dem Mühlbache gelegenen Gartens mit einem Weiher, der sein Wasser aus dem Bache erhält, und eben dahin seinen Abfluß hat, so daß ein Theil des Baches beständig durch meinen Garten fließt. Die freie Benützung dieses Wassers hat von jeher einen wesentlichen Theil meines Eigenthumsrechtes auf das Grundstück ausgemacht, und konnte um so weniger bestritten werden, als weder ich noch meine Vorgänger, um das Durchfließen des Wassers durch das Grundstück zu erhalten, sich irgend einer belästigenden oder beschränkenden Bedingung unterworfen haben, sondern stets in dem freien ungeschmälerten Besitze des vollen Benützungsrechtes gewesen sind. Darin fand auch keine Störung Statt, bis die Gegner in der neuesten Zeit sich eine solche anmaßten.

„Von den Klägern wird nicht nur behauptet, der Mühlbach sei lediglich auf die Benützung für die Fischweiher beschränkt, es dürfe das Wasser zu keinem andern Gebrauche verwendet, keine Seifenbrühe und Lauge, weil solche den Fischen schädlich seien, hineingegossen, noch dasselbe zum Waschen und Bleichen ausgeschöpft werden;

sondern dieselben sind sogar so weit gegangen, mir das Recht zu bestreiten, in meinem Garten zu waschen und zu bleichen. Statt aller Beweise brachten sie einen für dieses Rechtsverhältniß ganz unerheblichen Vertrag zwischen der Stadt Frankfurt und dem teutschen Orden in einem beglaubigten Auszuge bei, und stellten dabei den offenbar unrichtigen Saz auf, daß Jeder, welcher behaupte, den Bach anders, als zur Bewässerung der Fischweiher benüzen zu dürfen, dieses als ein Dienstbarkeitsrecht erst beweisen müsse. Hiergegen wurde bereits in den früheren Schriftsäzen ausgeführt, daß das Recht auf freie Benüzung des Eigenthums stets vermuthet werde, bis das Gegentheil erwiesen sei, und daß jede Beschränkung in der freien Benüzung eines Grundstückes oder seiner Zugehörungen eine Dienstbarkeit zu Gunsten des Beschränkenden voraussetze, welche dieser beweisen müsse, ferner daß der angeführte Vertrag als eine Handlung zwischen Dritteren mir nicht nachtheilig sein könne, und zudem nichts mir Nachtheiliges enthalte.

„Es mag allerdings, nach den Entscheidungsgründen der vorigen Urtheile, richtig sein, daß mehrere Fischermeister das ihnen von oben und zum Theile von meinem Garten aus zufließende Wasser zur Bewässerung ihrer Weiher gebraucht haben; daraus folgt aber für sie noch kein Recht, mich bei Benüzung des Wassers zu beschränken, und zu verlangen, daß ihnen eine bestimmte Menge zufließe. Sie haben nur ein Recht darauf, daß ihnen dasjenige Wasser, welches die weiter oben liegenden Eigenthümer nicht selbst gebrauchen, ungehemmt zufließe. Wenn nun in den Entscheidungsgründen gesagt wird, daß, weil bisher der Wasserzufluß zur Bewässerung der Fischweiher gedient habe, diese Bewässerung als Zweck des ganzen Wasserabflusses überhaupt erscheine; so wird Niemand die Unrichtigkeit dieser Folgerung verkennen. Diese besondere Benüzung ist bisher nur zufällig eingehalten worden; es ist weit entfernt davon, daß die oben liegenden Eigenthümer die Verfügung über das

in ihren Grundstücken befindliche Wasser durch Rücksichten auf den Bedarf der unteren Fischweiher beschränken müssen, vielmehr ist es Sache der Eigenthümer der lezteren, ihre Einrichtung und Rechnung mit Rücksicht auf den beliebigen Wasserverbrauch der oberen Besizer zu machen.

„Ganz der Wahrheit zuwider wird von dem Richter erster Instanz unterstellt, daß alles von der hohen Radmühle herströmende Wasser seit vielen Jahren her blos zur Bewässerung der Fischweiher gedient habe, indem bekanntlich viele Angränzenden ihre Wäsche immer mit dem Bachwasser ohne Widerspruch gereinigt haben, und eben so bekanntlich alle in der Nähe Umliegende, namentlich die Bleicher und Gärtner, jeden Tag eine weit größere Menge Wasser aus dem Bache zum Gießen schöpfen, als von mir in Monaten gebraucht werden kann. Das den reichlichen Bedarf der unteren Fischweiher übersteigende Wasser genügt den anliegenden Bleichhäusern vollkommen, um so weniger können sich also die Weiherbesizer über mein unbedeutendes Ausschöpfen beschweren.

„Der weitere Einwurf, daß die Menge des auszuschöpfenden Wassers nicht genau bemessen werden könne, und deßhalb das Recht dazu nicht eingeräumt werden dürfe, ist offenbar ungegründet. Denn ein Recht, das man einmal hat, kann von dem Berechtigten nach dem Maaße seines Bedürfnisses ausgeübt werden, und der Umstand, daß Andere den Bedarf nicht genau nachmessen können, ist doch wahrlich kein Grund, das zustehende Recht zu entziehen. Hätten die Kläger wirklich ein Recht auf bestimmten Wasserzufluß, so müßten sie immer erst beweisen, daß ihnen die bestimmte Menge durch das Ausschöpfen entzogen werde.

„Ausdrücklich muß ich mich gegen die Einräumung verwahren, daß die Lauge und Seifenbrühe den Fischen nachtheilig seien *), und nur dann, wenn der Gegentheil den Beweis der Schädlichkeit vollständig erbracht

---

*) Dies in dem Munde einer Fischermeisterin!!

haben würde, kann ich mich bereit erklären, die Abgießung der benannten Flüßigkeiten in besondere Senklöcher bewirken zu wollen.

„Ich bitte, abändernd zu erkennen, daß die Kläger mit ihrer unbefugten Klage abgewiesen und in die Kosten verurtheilt werden, eventuell, daß dieselben die Schädlichkeit der Lauge und Seifenbrühe für die Fische zu erweisen haben.“

§. 3.

In der Sizung vom 15. Oktober 1828 entschied das Spruchkollegium, daß das vorige Urtheil zu bestätigen sei, unter Vergleichung der Kosten, die Versendungskosten aber die Witwe Rau allein zu tragen habe.

Die Gründe sind folgende:

„Es ist nicht zu verkennen, daß die civilrechtlichen Grundsäze vom Eigenthum ein bedeutendes Gewicht zu Gunsten der Beklagten in die Wagschale zu legen scheinen. Allerdings liegt es in der Natur des Eigenthums, daß der Eigenthümer über seine Sache ganz frei und unbeschränkt verfügen kann. Er mag auf dieselbe einwirken, wie er nur will, so befindet er sich innerhalb der Gränze des ihm vom Staate gewährten Rechtes. Wenn der Eigenthümer durch eine solche Einwirkung einem Andern Schaden zufügt, oder wenigstens Vortheile entzieht, so kann dieselbe doch nicht für widerrechtlich gehalten werden; denn er hat durch die Schaden bringende Handlung die Gränzen seines Rechtsgebietes nicht überschritten. Wer sich seines Rechtes bedient, der thut Niemanden Unrecht. Dieser in der Natur der Sache liegende Grundsaz ist auch von den römischen Rechtslehrern sowohl im allgemeinen, als insbesondere in einzelnen Anwendungen auf das Eigenthum unbeweglicher Sachen mehrfach ausgesprochen.

L. 151. D. de reg. jur. (50. 17.) L. 9. D. de servit. praed. urb. (8. 2.) L. 1. §. 12. L. 21. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) L. 24. §. fin. L. 26. D. de

damno infecto. (39. 2.) L. 2. §. 13. D. nequid in loco publ. (43. 8.) L. 8 et 9. C. de servit. (3. 34.)

„Ueberall wird, um eine Beschränkung der freien Macht des Eigenthümers zu rechtfertigen, das Dasein eines besonderen Rechtsgrundes, die Begründung einer Dienstbarkeit erfordert. Mag gleich der Nachbar durch eine Handlung der Willkür an reellem Nuzen noch so sehr verlieren oder gar wirklichen Schaden leiden, so kann er sich doch durchaus nicht über erlittenes Unrecht beschweren, wenn er nicht aus dem Gesichtspunkte der Dienstbarkeit durch Vertrag oder Verjährung zum Einspruche befugt ist.

„Diesem Allen zufolge gewinnt es das Ansehen, als ob die Beklagte zu dem Unternehmen, den Fischweiher in ihrem Garten und das in den Gränzen ihres Grundstückes befindliche Bachwasser zu einer Wasch- und Bleichanstalt zu benüzen, als Eigenthümerin wohl befugt, und in Folge dessen die erhobene Klage, da sich dieselbe auf ein besonderes Dienstbarkeitsrecht nicht gründet, schlechthin abzuweisen sei. Allein wenn auch die hier angegebene Regel als solche unbestritten ist, so läßt sich doch der Begriff des Eigenthums, welcher das Prinzip der vorstehenden Ausführung bildet, auf die Verhältnisse des gegenwärtigen Falles in seinem vollen Umfange nicht geltend machen.

„Wenn ein Fluß oder Bach durch ein im Privateigenthume befindliches Grundstück fließt, so ist das Recht, welches dem Grundbesizer auf das durchfließende Wasser zusteht, keineswegs dem Rechte desselben auf Grund und Boden gleichzustellen, und es wäre eine irrige Voraussezung, wenn man das an dem Wasser dieser Art zukommende Benüzungsrecht als ein volles freies Eigenthumsrecht betrachtete.

„Zwar gibt es sogenannte Privatflüsse, welche sich im vollen Eigenthume der anstoßenden Grundbesizer befinden können; von diesen sagt Ulpian in L. 1. §. 4. D. de flumin. (43. 12.) „„Nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum,““ und neuere Rechtsgelehrte sind in Ansehung derselben der Meinung, daß dem Eigen-

thümer des höher liegenden Grundstückes das Recht zustehe, das Wasser im Bache, welcher durch sein Grundstück fließt, nach Gefallen zu benüzen, es im Laufe aufzuhalten, die Richtung desselben zu verändern, ja es dem Besizer des niedriger liegenden Grundstückes sogar ganz zu entziehen, ohne daß er daran durch ein dem Letzteren auf dieses Gewässer vermeintlich zustehendes Recht gehindert wird.

Vgl. Gesterding, Beiträge zum Wasserrecht, im Archive für die civilistische Praxis. Bd. 3. H. 1. S. 63.

„Allein der Bach, über dessen Benüzung in dem gegenwärtigen Prozesse gestritten wird, ist als ein öffentlicher Fluß zu betrachten; denn derselbe ist ein beständig fließendes Gewässer, und unterliegt im Sommer der Gefahr des Austrocknens nicht. Dieses sind aber die Merkmale eines öffentlichen Flusses.

L. 1. §. 3. D. de flumin. (43. 12.) Gesterding a. a. O.

Diese Eigenschaft hat er auch nach der Meinung der Anwohner.

Vgl. L. 1. §. 1. D. de flumin. (43. 12.)

„Sie spricht sich in den zur Benüzung des Wassers gemachten Anlagen aus, bei welchen die Konkurrenz des Gemeinwesens nicht zu verkennen ist. Diese künstliche Ausscheidung des für die Bedürfnisse des Fischerhandwerkes eingerichteten Wassergebietes von dem zu Wasch- und Bleichanstalten bestimmten Plaze, diese für den letzteren Zweck durch besondere Vorrichtung bewirkte Bildung zweier Bacharme, diese nach den Regeln der Wasserwirthschaft bewerkstelligte Leitung und Ableitung des von der hohen Radmühle herabkommenden Mühlbaches beweisen es augenscheinlich, daß die Bewirthschaftung dieses Baches nicht dem individuellen Interesse der einzelnen Eigenthümer der anstoßenden Grundstücke überlassen, sondern als ein Gegenstand des öffentlichen Nuzens, sonach der Bach als ein öffentlicher Fluß betrachtet wurde. Dazu kömmt, daß die mit dem rauischen Garten beginnende ununterbrochene Reihe von Fischweihern in dem Vertrage, welcher am 9. Juni 1775 zwischen der Stadt Frankfurt und dem teutschen

Orden abgeschlossen wurde, ausdrücklich als ein Attribut des Fischerhandwerkes erklärt ist, und in dieser Eigenschaft als Gegenstand besonderer Fürsorge des Gemeinwesens erscheint.

„Geht man nun von dem Gesichtspunkte aus, daß der Mühlbach die Eigenschaft eines öffentlichen Flusses habe, so ergibt sich die Folge, daß die Benüzung des Wasserzuflusses von Seite der anstoßenden Grundbesizer bestimmte Schranken habe, nämlich diejenigen, welche durch die aus dem Standpunkte des öffentlichen Interesse erstrebten Zwecke geboten sind. In dem gegenwärtigen Falle läßt die Anschauung des Lokals nicht bezweifeln, daß die Anlagen und Einrichtungen, wie sie sich izt vorfinden, in früherer Zeit unter der Autorität der Obrigkeit bewerkstelligt, und dabei die Absonderung der Wasch- und Bleichanstalten von dem des Fischerhandwerkes wohlbedächtlich bezweckt wurde. Dieser Zweck, bei dessen Erreichung das Gemeinwesen aus dem Standpunkte der Gewerbspolizei betheiligt ist, würde nun durch das Unternehmen der Beklagten, in ihrem Garten eine Wasch- und Bleichanstalt zu errichten, und hierzu das durch ihr Grundstück fließende Bachwasser zu benüzen, geradezu durchkreuzt werden. Diese Unternehmung widerstreitet der Natur des Ortes, so wie sie jezt gestaltet ist, sie widerstreitet der alten Form, d. h. der Einrichtung und Benüzung des dortigen Wassergebietes, wie sie seit langer Zeit hergebracht und bereits vor 40 Jahren ein Gegenstand besonderer Fürsorge der Obrigkeit war.

Vgl. L. 7. C. de servit. (3. 34.)

„Daß bei Streitigkeiten dieser Art auf die Natur des Ortes und die alte Form entscheidende Rücksicht genommen werde, ist durch die Geseze ausdrücklich vorgeschrieben.

L. 1. §. 23. L. 2. pr. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) L. 7. C. cit.

„Dem Allen zufolge ist die vorige Entscheidung der Lage der Sache und dem Rechte vollkommen gemäß.

„Will man aber auch absehen von der Eigenschaft als öffentlicher Fluß, so gehört doch der Mühlbach jeden

Falls zu derjenigen Klasse fließender Wässer, welche man als gemeinschaftliche Privatflüsse bezeichnet. „„Zu „„diesen sind zu zählen alle übrigen fließenden Wässer, „„die weder durch Vertrag noch durch Verjährung in das „„alleinige Eigenthum eines Privatmannes gekommen sind, „„die auf gemeinschaftlichem Grund und Boden entsprin- „„gen, oder doch bald nach ihrem Ursprunge durch die „„Grundstücke mehrerer Privatpersonen ihren Lauf neh- „„men, und die demnach, vermöge ihrer übrigen Qualitä- „„ten, nicht zu den öffentlichen Flüssen gerechnet werden „„können. An dieser Gattung der Privatflüsse, welche „„man in wasserreichen Gegenden am häufigsten findet, „„kann sich keine einzelne Privatperson ein ausschließendes „„Eigenthum zueignen, vielmehr tritt in Rücksicht dersel- „„ben ein Miteigenthum oder Mitbenüzungsrecht ein, welche „„dieses hergebracht haben, oder durch deren Grundstücke „„das Wasser fließt. Nach den allgemeinen, bei jeder „„Gemeinschaft zur Anwendung kommenden Rechtsgrund- „„säzen ist es auch hier Keinem der Miteigenthümer ver- „„stattet, von dem ihm nur theilweise zugehörenden Was- „„ser selbst auf seinem eigenen Grund und Boden einen sol- „„chen neuen oder übermäßigen Gebrauch zu machen, wo- „„durch das Mitbenüzungsrecht der übrigen Interessenten „„entweder geschmälert oder wohl gar gänzlich aufgehoben „„wird.““

Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen. Bd. 1. S. 57.

In dem gegenwärtigen Falle kann man füglich eine Gemeinschaft der einzelnen Fischweiher-Besizer annehmen, welche zu dem Zwecke besteht, daß das Wasser des Mühlbaches, welcher durch das den Bedürfnissen des Fischerhandwerkes bestimmte Gebiet fließt, zur successiven Bewässerung der aufeinander folgenden Fischweiher diene. Diese Gemeinschaft bringt es mit sich, daß Jeder der oberen Weiherbesizer die gesammte ihm zufließende Wassermasse ungehindert, ungeschmälert und ohne Verunreinigung weiter fließen lasse, und sich jeder neuen Unternehmung enthalte,

wodurch

wodurch der gemeinschaftliche Wasserstand gemindert oder die Beschaffenheit des Wassers verändert wird. Das den Bezirk der Fischweiher durchfließende Bachwasser und die gleichmäßige Benützung desselben geht die Gemeinschaft an. Bei jeder Rechtsgemeinschaft ist es aber eine bekannte Regel, daß kein Theilhaber über die Substanz des gemeinsamen Gegenstandes eine einseitige Verfügung treffen darf, am wenigsten eine solche, welche dem Zwecke der Gemeinschaft nicht gemäß ist. Hieraus rechtfertigt sich mit voller Konsequenz das Ergebniß, daß dem Unternehmen der Beklagten, das gemeinschaftliche Wasser in ihrem Garten zu einer Wasch- und Bleichanstalt zu benüzen, auf Antrag der andern Theilhaber vom Gerichte Einhalt geschieht und sonach ein bestätigender Ausspruch erfolgen muß.

„Die Erwägung, daß die Beklagte aus dem Standpunkte der Eigenthumsrechte einen einiger Maßen scheinbaren Grund für sich hatte, veranlaßte die Vergleichung der Kosten *). Die Versendungskosten hat dieselbe, als derjenige Theil, welcher darauf antrug, allein zu tragen."

*) Gegen diese Ansicht vgl. die Motive zum revidirten Entwurfe der Prozeßordnung. (München 1827 b. Cotta.) S. 70 — 76.

V.

Kaufgeschäft über Staatspapiere. Grundsäze über Kontumazialstrafe und Daraufgabe.

Von

J. B. Sartorius.

---

§. 1.

Der Kaufman Ludwig Salomon zu Sandersleben hatte dem Bankier Moses Wolfsheimer zu Braunschweig zufolge Schlußzettels vom 26. Junï 1815 westfälische Staatspapiere zu einem sehr niedrigen Kurse in der Art zu liefern versprochen, daß die Lieferung binnen acht Tagen zu Braunschweig geschehen sollte. Dabei hieß es in dem von Salomon ausgestellten Schlußzettel weiter:

„Und habe ich demselben auf den Kauf „zwanzig Louisdor als Konventionalstrafe „gegeben, welche verfallen sein sollen, „wenn ich mein Wort nicht erfülle."

Die Erfüllung erfolgte nicht; aber alsbald nach dem Abschlusse des Vertrages wurden jene Staatsschulden von Preußen übernommen und anerkannt, wodurch die Papiere im Preise sehr stiegen. Nun klagte Wolfsheimer auf Erfüllung, resp. Leistung des Interesses; Salomon behauptete aber, gegen Ueberlassung der 20 Louisdor befugt gewesen zu sein, von dem Handel zurückzutreten. In der ersten Instanz wurde der Beklagte von der Klage entbunden, in der zweiten verurtheilt, worauf die Akten an das Spruchkollegium zu Würzburg versendet wurden.

§. 2.

Der Beklagte fand sich durch das am 4. Juni 1822 erlassene Erkenntniß zweiter Instanz beschwert,

1) weil er verurtheilt wurde, entweder gegen Rückgabe der gezahlten 20 Louisdor und gegen Bezahlung des im Schlußzettel vom 26. Juni 1815 bedungenen Kaufpreises die Summe von 30,000 Francs Nominalwerth in königlich preußischen Staatsschuldscheinen nebst Verzugszinsen abzuliefern, oder soviel Entschädigung zu zahlen, als der Werth von 30,000 Francs nach dem höchsten Kurse, welche die an die Stelle der westfälischen Obligationen getretenen königlich preußischen Staatschuldscheine vom 4. Juli 1815 bis zum 4. Juni 1822 gehabt haben, den bedungenen Kaufpreis und die gezahlten 20 Louisdor übersteigt;

2) weil die sämmtlichen Prozeßkosten gegeneinander aufgehoben und nicht vielmehr dem Kläger aufgebürdet wurden.

Zur Begründung dieser Beschwerden führte der Beklagte an:

„Durch die dem Schlußzettel vom 26. Juni 1815 beigefügte Bedingung, daß die von mir gezahlten 20 Louisdor als Konventionalstrafe verfallen sein sollten, wenn ich mein Wort nicht erfüllen würde, ist ausdrücklich festgesezt gewesen, daß ich mich von meiner Verbindlichkeit befreien könne, wenn ich die gezahlte Summe verlieren wollte. Wenn dieses auch die Worte des Schlußzettels nicht ausdrücklich ergeben sollten, so folgt es doch aus der Absicht beider Theile, wie sich diese aus der Natur des Geschäftes leicht entnehmen läßt. Dieses ist über Staatspapiere eingegangen worden, und zwar über westfälische im Jahre 1815, als das Königreich Westfalen sein Dasein bereits beschlossen hatte, und von einem andern Staate noch Nichts übernommen und garantirt war. Augenscheinlich ist daher das Geschäft auf gut Glück abgeschlossen worden, ohne daß man den Erfolg bei dem Abschlusse übersehen konnte.

Aber eben wegen dieser Natur solcher Papiergeschäfte hat sich jeder nur irgend vorsichtige Geschäftsmann immer nur auf gewisse Zeit verpflichtet, und sich wohl gehütet, die Zeit der Erfüllung der Willkür des Mitkontrahenten zu überlassen. In dieser Art hat man auch bei dem gegenwärtigen Kaufhandel vom 26. Juni 1815 beiderseits die Absicht gehabt, die Dauer der gegenseitigen Verbindlichkeit auf acht Tage zu beschränken, und der Kläger würde sich wohl selbst hierauf berufen haben, wenn die verkauften Papiere eben so, wie sie gestiegen sind, im Kurse gefallen wären. Dies Alles ist schon an sich klar; allein könnte auch die Sache noch als zweifelhaft angesehen werden, so hätte mir doch der Erfüllungseid oder der Beweis darüber gestattet werden müssen.

„Nach den Regeln über die Auslegung der Verträge wird bei undeutlichen Worten gegen denjenigen gesprochen, welcher einen besondern Vortheil aus dem Geschäfte zu erhalten sucht *), weil dieser die rechtliche Vermuthung wider sich hat, folglich sich auch deutlicher hätte ausdrücken sollen **). Daß nach diesen Grundsäzen gegen den Kläger erkannt werden muß, fällt in die Augen; denn daß ich nach dem Verluste von bereits 20 Louisdor nur gegen Abwendung von Schaden streite und keinen ausserordentlichen Vortheil, sondern ausserordentlichen Nachtheil habe, wird Niemand bestreiten. Im Gegentheile ist der Kläger schon dadurch im Vortheile, daß er für die Nichterfüllung des Geschäftes 20 Louisdor erhalten hat; denn er gewinnt dadurch, wie die Berechnung ergibt, schon über $4\frac{1}{5}$ Prozent, welchen Gewinn, wenn er in so kurzer Zeit gemacht wird, jeder Geschäftsmann gewiß für sehr bedeutend hält. Hätte der Kläger außer diesem bedeutenden Gewinne sich auch

---

*) L. 26. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 99. pr. D. de verb. oblig. (45. 1.)

**) L. 39. D. de pactis. (2. 14.) L. 21. D. de contr. emt. vend. (18. 1.)

noch den außerordentlichen Vortheil zu bedingen beabsichtigt, blos, wenn die Papiere stiegen, deren Lieferung auch noch nach acht Tagen verlangen zu können, so hätte er sich in dem von ihm ertheilten Schlußzettel deutlicher ausdrücken müssen. Gegen ihn muß also die Auslegung gemacht werden.

„Dazu kömmt noch, daß die Erfüllung des Handels ganz ohne meine Schuld nicht mehr möglich ist. Der Gegenstand des Geschäftes sind nach der eigenen Angabe des Klägers westfälische Obligationen gewesen; diese existiren aber nicht mehr, und können daher auch nicht geliefert werden, daher ist meine Verbindlichkeit nach L. 69. D. de verb. oblig. (45. 1.) gänzlich erloschen.

„Wollte man aber auch hiervon absehen und annehmen, daß der Kläger nach dem Inhalte des Vertrages zwischen den 20 Louisdor und der Haupterfüllung habe wählen können, so ist doch dieses Wahlrecht offenbar erloschen, nachdem er einmal die 20 Louisdor angenommen hat.

„Eventuell bemerke ich, daß auf jeden Fall das mir auferlegte Interesse zu hoch angeschlagen ist, und, wenn ich überhaupt ein solches zu leisten verbunden wäre, dieses nur in der Zahlung der Summe bestehen könnte, um welche die westfälischen Obligationen während der zur Lieferung bestimmten acht Tage höher als 42 Prozent im Kurse gestanden sind. Dennn zu diesem Kurse habe ich sie zu liefern versprochen und der Kläger hat sie selbst nach dem Kurse kaufen und seinen etwaigen Schaden berechnen können.

„Da ich diesem Allen zufolge rücksichtlich der ersten Beschwerde die Bestätigung des Erkenntnisses erster Instanz hoffen kann, so muß auch der Kläger die Kosten tragen und erstatten.

„Es wird demnach gebeten, das Erkenntniß zweiter Instanz aufzuheben, und jenes der ersten Instanz zu bestätigen, sofort mich, unter Verurtheilung des Klägers in alle Kosten, von der Klage zu entbinden.“

§. 3.

So weit der Beklagte. Was nun die richterliche Beurtheilung dieses Falles angeht, so ist Folgendes zu bemerken:

1) Aus dem Schlußzettel vom 26. Juni 1815 läßt sich durchaus nicht entnehmen, daß die durch das Kaufgeschäft begründete gegenseitige Verbindlichkeit nach Ablauf von acht Tagen wieder von selbst (ipso jure) erlöschen sollte. Es ist zwar darin für die Lieferung der verkauften Staatspapiere eine Frist von acht Tagen festgesezt; allein durch diese Bestimmung wurde der Verbindlichkeit kein Endtermin (dies ad quem) beigefügt, sondern vielmehr ein Anfangstermin (dies ex quo) angeordnet, seit welchem nämlich der Käufer von dem Verkäufer die Erfüllung des Vertrages zu fordern berechtigt sein sollte. Wollte man sogleich vor der Hand schon annehmen, daß die dem Sinne nach bestrittene Schlußklausel ein Pactum displicentiae *) enthalte, so bewirkt doch ein solches nicht, daß das bestehende Vertragsverhältniß mit dem Eintritte eines bestimmten Tages von selbst wieder aufhört, sondern dasselbe wird in solchen Fällen erst durch Ausübung der in dem Nebenvertrage vorbehaltenen Befugniß nach den Grundsäzen über die auflösende Bedingung aufgehoben.

L. 3. D. de contr. emt. vend. (18. 1.)

Thibaut, Pandektenrecht. §. 960.

2) Die Regel, daß gegen denjenigen auszulegen sei, welchem eine dunkle Vertragsbestimmung einen besondern Vortheil gewährt, kann nicht wegen des bloßen Erfolges, der sich aus einem Geschäfte zu Gunsten des Einen oder Andern ergibt, zur Anwendung kommen. Izt freilich, nachdem die fraglichen Staatspapiere von Preußen über-

*) Prämiengeschäft. Vgl. Bender über den Verkehr mit Staatspapieren in seinen Haupteinrichtungen. (Heidelberg 1825 b. Mohr.) Beilageheft zum 8. Band des Archivs für die civilist. Praxis. S. 98.

nommen und im Kurse sehr bedeutend gestiegen sind, bietet die zweifelhafte Nebenberedung, wenn man sie im Sinne des Klägers auslegt, demselben solche Vortheile dar, wie sie bei zweiseitigen Geschäften wohl selten dem einen Theile zugestanden werden. Betrachtet man aber die Sache nach der Lage, in welcher sie sich bei Eingehung des Vertrages befand, so kann man nicht sagen, daß die dem Kläger günstige Auslegung diesen einen größern Vortheil hoffen ließ, als sich der Beklagte von der zu seinen Gunsten gereichenden Auslegung versprechen konnte, vielmehr begünstigte die leztere den Beklagten noch mehr, als den Kläger. Dieser konnte sich Vortheil nur in dem einen Falle versprechen, wenn die fraglichen Staatspapiere stiegen; wären sie gefallen, so hätte er jedenfalls die Lieferung um 42 Prozent annehmen und überdies die 20 Louisdor zurückgeben müssen. Der Beklagte hingegen war nach der ihm zusagenden Auslegung auf jeden Fall gesichert; für den Fall des Sinkens mußten ihm die 20 Louisdor zurückgestellt werden, und er konnte sich dabei von der Erfüllung des Vertrags Gewinn versprechen, für den Fall des Steigens war die Aufopferung der 20 Louisdor ein unbedeutender Verlust gegen den Gewinn, welchen die Verbesserung des Kurses gewährte. Weil man nun zur Zeit der Eingehung des Vertrages keineswegs mit Bestimmtheit sagen konnte, daß bei dem aufzuhellenden Theil desselben nur der Käufer als der Berechtigte und Begünstigte betheiligt sei, so kann auch in dieser Hinsicht die oben gedachte Auslegungsregel nicht gegen ihn zur Anwendung gebracht werden.

Cujacii observ. lib. 23. cap. 31. J. H. Boehmer de interpretatione adversus eum facienda, qui clarius loqui debuisset. (Exercit. ad Pand. tom. 2.) Schweppe, römisches Privatrecht §. 423.

3) Der Umstand, daß die verkauften westfälischen Obligationen in Natur nicht mehr vorhanden sind, ist ganz unerheblich. Denn nicht die Schuldenverschreibungen selbst als Papiere waren Gegenstand des Kaufge-

schäftes, sondern die Schuldforderungen, deren Dasein in diesen Papieren beglaubigt war. Diese Schuldforderungen, wenn sie auch von Preußen anerkannt und übernommen wurden, dauern dennoch fort, es ist nur in die Stelle des ursprünglichen Schuldners, des Königreichs Westfalen, als Nachfolger das Königreich Preußen getreten, und diese Veränderung durch Umschreibung in preußische Staatschuldscheine beurkundet werden.

4) Die Behauptung, der Kläger habe das ihm zustehende Wahlrecht durch Annahme der 20 Louisdor bereits ausgeübt, ist offenbar grundlos. Denn hätte nach Annahme der 20 Louisdor für den Kläger gar kein Recht aus dem Hauptvertrage mehr existirt, so wäre der fragliche Kaufhandel über westfälische Obligationen im Betrage von 30,000 Francs gar nicht vorhanden gewesen, der angehängte Nebenvertrag hätte das Hauptgeschäft vernichtet, und wäre selbst wieder mit diesem über den Haufen gefallen.

5) Die Folgen des Verzugs werden dadurch, daß der Gläubiger sich den geschuldeten, aber nicht gelieferten Gegenstand auch auf andere Weise hätte verschaffen können, weder abgewendet noch verringert. Die Geseze verordnen den Ersaz nach dem höchsten Werthe, welchen die Sache in irgend einem Zeitpunkte des Verzugs hatte, ohne auf jene Möglichkeit die geringste Rücksicht zu nehmen.

L. 3. §. 3. D. de act. emti et vend. (19. 1.) L. 3. D. de condict. trit. (13. 3.) L. 8. §. 1. D. de condict. furt. (13. 1.) Schweppe, röm. Privatrecht. §. 200 und 388. — Glück, Erläuterung der Pand. §. 844. Gottschalk disceptat. forens. tom. 1. cap. 14.

Dadurch erledigt sich die eventuelle Bemerkung des Beklagten, daß jedenfalls das ihm auferlegte Interesse zu hoch angeschlagen sei.

Da nun hiernach die zur Begründung der erhobenen Beschwerde ausgeführten Momente als unerheblich erkannt sind, so mögte es das Ansehen gewinnen, als ob das

eingelegte Rechtsmittel für unbegründet zu erachten und das vorige Urtheil lediglich zu bestätigen sei.

§. 4.

Die hier ausgeführten Zweifelsgründe können jedoch, wie sich aus nachfolgender Darstellung ergeben wird, zu Entscheidungsgründen nicht erhoben werden.

Das durch das Rechtsmittel der Rechtskraft entzogene Erkenntniß zweiter Instanz fußt sich hauptsächlich auf folgende Säze: „In dem Nebenvertrage, von dessen Auslegung die Entscheidung der Sache abhänge, sei weder dem Beklagten die Wahl, durch die Bezahlung der Strafe sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien, noch dem Kläger das Recht, die Strafe und die Erfüllung der Verbindlichkeit von Seite des Beklagten zugleich zu fordern, ausdrücklich bedungen worden. Aus diesem thatsächlichen Ergebnisse aber sei in rechtlicher Hinsicht die Schlußfolge zu ziehen, daß unter diesen Umständen der Kläger die Wahl habe, ob er von dem Beklagten die Erfüllung des Kaufgeschäftes oder die verabredete Konventionalstrafe verlangen wolle. Von diesem Wahlrechte habe nun der Kläger in der Art Gebrauch gemacht, daß er nicht die Konventionalstrafe, sondern die Erfüllung der Verbindlichkeit vom Beklagten verlange."

Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß, wenn man den in Streit befangenen Nebenvertrag als Verabredung einer wahren Konventionalstrafe im juristisch-technischen Sinne des Wortes ansieht, nach deutlichen Gesezen ein anderes Resultat nicht gefunden werden kann*); allein

*) Es ist eine berühmte Streitfrage, ob, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der Gläubiger nach Belieben auf die Konventionalstrafe oder Erfüllung des Vertrages klagen könne. Vgl. Höpfner, Kommentar über die Instit. §. 987. a. E. Nur sind bei dem Verkehr mit Staatspapieren, wobei jeder der beiden Theile sowohl gibt als empfängt, die Rollen des Gläubigers und Schuldners

dieses eben kann nicht zugestanden werden, daß es sich hier von einer wahren Konventionalstrafe und von Anwendung der über dieselbe geltenden Grundsäze handle. Die 20 Louisdor sind für den Fall der Nichterfüllung nicht blos versprochen, sondern sie sind sogleich gegeben worden. Dieser Umstand widerstreitet ganz und gar der Natur der wahren Konventionalstrafe, welche zur Bestärkung einer eingegangenen Verbindlichkeit immer blos versprochen, nicht sofort gegeben wird. Der Hauptschriftsteller über diese Materie, Fernandez de Retes (tractatus de stipulatione poenali in Meermann thesaur. juris, vol. 7. pag. 413 et seq.) erklärt sie folgender Maßen: „Est promissio, confirmans praecedentem obligationem aut causam, et ad ejus implementum reum impellens, sub comminatione, praestandi aliquid certum.“ Diese Begriffsstellung wird durch sämmtliche von der Konventionalstrafe sprechenden Geseze bekräftigt, in welchen überall nur von einem Versprechen des Strafgegenstandes, nicht aber von sofortiger Leistung desselben, nur von einer künftigen Entrichtung der Strafe, nicht aber vom Verfallensein des bereits Gegebenen die Rede ist.

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird in den Entscheidungsgründen des vorigen Urtheils durch die Bemerkung zugestanden, daß natürlich von einer Bezahlung der Konventionalstrafe nicht eher habe die Rede sein können, bis es gewiß geworden, daß sie verwirkt sei. Der sich hieraus ergebende Zweifel soll sich indessen dadurch beseitigen,

nicht rein ausgeschieden und getrennt. Jedoch läßt sich annehmen, daß derjenige Theil, an welchem die Reihe des Gebens ist, (also hier Ludwig Salomon) der Schuldner sei. L. 10. 11. 12. u. 178. §. 3. D. de verb. signif. (50. 16.) Im Verhältnisse zum Staate ist übrigens unbestreitbar der Inhaber eines Staatspapieres Gläubiger und der Staat Schuldner. Bender über den Verkehr mit Staatspap. §. 7. u. folg.

daß angenommen wird, die 20 Louisdor, welche der Beklagte bei Abschließung des Kaufgeschäftes zahlte, seien von dem Kläger anfänglich nicht als Konventionalstrafe, sondern als Kaution oder Depositum wegen der von dem Beklagten übernommenen Verbindlichkeiten und insbesondere wegen der von ihm versprochenen Konventionalstrafe in Empfang genommen worden; sobald es nun gewiß geworden, daß der Beklagte den Kauf nicht erfülle, habe der Kläger den Grund des Besizes der 20 Louisdor ändern und dieselbe als verfallene Konventionalstrafe behalten können. — Dieser scharfsinnige Versuch, die Schwierigkeiten zu heben, welche in der sofortigen Entrichtung der 20 Louisdor für die Anwendung der über den Pönalvertrag geltenden Grundsäze liegen, kann indessen deßwegen nicht bestehen, weil die Annahme einer Kautionsleistung mit der Natur eines zweiseitigen, beiderseits noch unerfüllten Vertrages durchaus nicht vereinbar ist. Kautionen werden bei einseitigen Verbindlichkeiten vom Schuldner dem Gläubiger oder bei zweiseitigen Geschäften von demjenigen Kontrahenten, der noch nicht erfüllt hat, dem andern, welcher seinerseits bereits erfüllt hat, geleistet. Es widerstrebt aber unverkennbar dem Wesen der Sache und insbesondere der im Kaufgeschäfte liegenden Rechtsgleichheit beider Theile, daß der Eine, welcher seinerseits eben so wenig erfüllt hat, als der Andere, von diesem wegen der ihm obliegenden Gegenleistung eine Kaution empfange. Noch schneidender tritt aber die Anomalie, welche hier in der einseitigen Kautionsleistung enthalten wäre, unter solchen Umständen hervor, wie sie sich in dem gegenwärtigen Falle finden, wo nämlich nach der Lage der Sache bei Eingehung des Geschäftes beide Theile auf einen höchst ungewissen Erfolg spekuliren, und jedem derselben in kurzer Frist die Nothwendigkeit der Erfüllung eben so unangenehm werden kann, als sie es im entgegengesezten Falle dem andern sein würde. Betrachten wir das Wesen des vorliegenden Rechtsverhältnisses, so läßt

sich darin gewiß kein Beweggrund finden, warum der eine Kontrahent für den Fall des ihm günstigen Erfolges eine besondere Sicherheit über die Realisirung des gehofften Gewinnes haben, dagegen der andere für den umgekehrten Fall eine gleiche Sicherheit entbehren soll. Die dem Geiste des Verhältnisses entsprechende Sicherheit hat bei dem Kaufgeschäfte jeder Kontrahent dadurch, daß er seinerseits nicht eher erfüllt, als bis er der Gegenleistung des Mitkontrahenten gewiß ist. Soll außerdem für den einen Theil noch eine besondere Sicherstellung bestehen, so muß die deßfallsige Erklärung entweder ausdrücklich vorliegen, oder doch in der Art geäußert sein, daß eine abweichende Deutung vernünftiger Weise nicht möglich ist. Daß aber in dem gegenwärtigen Falle die sofortige Entrichtung der 20 Louisdor auf eine andere ganz natürliche Art und im Einklange mit den Gesezen sowohl als mit der Natur der Sache erklärt werden kann, wird sofort gezeigt werden.

§. 5.

Aus dem Zusammenhange der Aeußerungen, welche sich in dem Schlußzettel auf die 20 Louisdor beziehen, ergibt sich, daß dieselben als Arrha gegeben wurden. Denn:

a) Dafür spricht die sofortige Entrichtung bei Abschluß des Geschäftes, indem die Arrha gemeinhin auf gleiche Weise gegeben wird.

b) Dafür sprechen ferner die Worte: „Und habe ich demselben auf den Kauf zwanzig Louisdor — gegeben." Diese Worte: „auf den Kauf" bezeichnen das Dasein der Arrha sehr deutlich, wie sich dieses besonders darin ausspricht, daß die römische Arrha im Teutschen mit „Daraufgabe" oder „Daraufgeld" wiedergegeben wird.

Vgl. Glück, Erläuterung der Pand. Bd. 16. §. 982.
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Th. 1. Tit. 5. §. 205.

c) Auch die ferneren Worte: „zwanzig Louisdor als Konventionalstrafe, welche verfallen sein sollen, wenn ich mein Wort nicht erfülle," sind mit der Natur der Arrha im vollkommenen Einklange. Denn die Arrha, welche von dem Geber wegen Nichterfüllung des Hauptvertrages verwirkt wird, hat nicht nur schon im Allgemeinen die Eigenschaften einer konventionellen Strafe, sondern ist auch in den Gesezen ausdrücklich als Strafe bezeichnet. So heißt es z. B. in pr. J. de emt. et vend. (3. 24.) „Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione (et venditione.) Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum."

d) Unter diesen Umständen kann die Auslegung nicht durch das Wort „Konventionalstrafe" beengt sein, indem einerseits das Wesen eines Pönalvertrages auch bei Verabredungen über die Verwirkung der Arrha vorhanden ist, und andererseits nach dem im vorigen § Gesagten die Konventionalstrafe im juristisch technischen Sinne nicht gemeint sein kann. Ohnehin ist es unzuläßig, auf juristische Kunstausdrücke im Munde von Nichtjuristen ein entscheidendes Gewicht im Sinne des römischen strengen Rechtes zu legen, und offenbar müßten hier der Zusammenhang der Aeußerung und der gemeingebräuchliche Wortsinn, wenn sie zudem zu einem gleichen und passenden Resultate führen, vorzugsweise den Ausschlag geben. In dieser Hinsicht sagt Papinian in L. 219. D. de verb. signif. (50. 16.) treffend: „In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba, spectari, placuit *)."

§. 6.

Unter der Voraussezung, daß die fraglichen 20 Louisdor im Allgemeinen als Arrha zu betrachten sind, wird

---

*) Einen ähnlichen Fall findet man in dieser Samml. merkw. Rechtsfälle. Bd. 1. S. 235, lit. b.

nun ferner zu untersuchen sein, welche Art der Arrha angenommen werden muß. Vorerst ist

1) so viel gewiß, daß es sich nur von einer nach Abschluß des Vertrages gegebenen Arrha handelt. Für diesen Fall wird von den meisten Schriftstellern behauptet, daß in der Regel das Geben der Arrha blos zum Zeichen des Abschlusses (der Perfektion) diene, und den Geber keineswegs berechtige, gegen Aufopferung des Gegebenen vom Vertrage zurückzutreten.

Höpfner, Kommentar über d. Instit. §. 744. a. E. Glück, Erläut. d. P. a. a. O. S. 96. Thibaut, Pand. Recht §. 144.

Allein folgende Umstände sprechen hier gegen die Annahme einer bloßen Arrha confirmatoria:

α) Diese wird gemeinhin bei dem Kaufgeschäfte nicht, wie hier der Fall war, vom Verkäufer dem Käufer, sondern von diesem dem Ersteren gegeben, und, wenn es später zur Erfüllung kömmt, auf das zu zahlende Kaufgeld abgerechnet oder zurückgegeben.

Pr. J. de emt. et vend. (3. 24.) L. 11. §. 6. D. de act. emti et vend. (19. 1.) L. 5. §. 15. D. de instit. act. (14. 3.) Cujacii observ. lib. 11. cap. 17. Glück a. a O. Schweppe röm. Privatrecht §. 421.

β) Bei der Arrha confirmatoria handelt es sich nicht davon, daß das Gegebene auf den Fall der Nichterfüllung verfallen sein soll, weil dieser Fall, da jedem Theile ein vollkommenes Zwangsrecht zusteht, hier gar nicht vorausgesezt wird. Nur dann, wenn dem Kaufvertrage, bei welchem eine Arrha confirmatoria gegeben wurde, zugleich auch ein kommissorischer Vertrag beigefügt ist, kann, wenn lezterer vom Verkäufer geltend gemacht wird, ein Verwirken der Arrha confirmatoria vorkommen.

L. 6. pr. D. de lege commiss. (18. 3.) „De lege commissoria interrogatus, ita respondit, si per emtorem factum sit, quo minus legi pateretur,

et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum."

Daß aber die Merkmale des hier von Scävola entschiedenen Rechtsfalles sich in dem hier zu beurtheilenden nicht von ferne finden, springt in die Augen.

γ) Die Arrha confirmatoria ist gewöhnlich sehr unbedeutend, und steht in keinem Verhältnisse zu dem Gegenstande des Vertrages oder zu dem von den Kontrahenten erzielten Vortheile. In den römischen Gesezen — z. B. L. 11. §. 6. D. de act. emti et vend. (19. 1.) L. 5. §. 15. D. de instit. act. (14. 3.) — kömmt mehrmals das Beispiel des als Arrha gegebenen Ringes vor, und auch heut zu Tage besteht das im Handel und Wandel gewöhnliche Daraufgeld, welches nur als Zeichen des Vertragsabschlusses gegeben wird, selbst bei bedeutenderen Geschäften, in einem ganz geringen Geldbetrage. In dem gegenwärtigen Falle aber ist eine Summe auf den Kauf gegeben, welche nach der vom Kläger zugestandenen Angabe des Beklagten dem Ersteren einen Gewinn von $4\frac{1}{5}$ Prozent sicherte, also eine Summe, welche für die Bestimmung, als bloßes Zeichen des Abschlusses zu gelten, unverhältnißmäßig groß ist, und vielmehr schon durch ihre Größe auf das Dasein der Arrha poenitentialis, des sogenannten Reugeldes oder Reukaufes, hinzudeuten scheint.

II) Daß nun wirklich die Entscheidung des vorliegenden Rechtstreites aus der Natur der Arrha poenitentialis, durch deren Aufopferung sich der Geber von der Hauptverbindlichkeit befreien kann *), zu schöpfen sei, ergibt sich aus Folgendem:

*) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) Höpfner Komm. §. 744. a. E.

α) Die Worte des Schlußzettels sind dafür. Nach demselben sollten die gegebenen 20 Louisdor verfallen sein, wenn der Verkäufer sein Wort nicht erfüllen würde. Hierdurch ist gerade die charakteristische Folge dieser Art des Arrhavertrages ausgesprochen. Diese Folge besteht für den Fall der Nichterfüllung im Verluste des Gegebenen, ohne daß der Empfänger zwischen der Zurückgabe des Empfangenen und der Verfolgung der Hauptverbindlichkeit wählen könnte, und so ist auch in den gedachten Worten nur die Verwirkung der 20 Louisdor als Folge der Nichterfüllung von Seite des Verkäufers angegeben, ohne daß dem Käufer die eben erwähnte Wahl vorbehalten wurde.

β) Die Arrha poenitentialis hat die Bestimmung, dem Empfänger einige Entschädigung für den Verlust des Vertragsrechtes und der daraus zu hoffenden Vortheile zu sichern. Ihr Betrag ist daher der Regel nach nicht unbedeutend, und steht in einem gehörigen Verhältnisse zum Gegenstande des Vertrags.

Vgl. Gottschalk disceptat. forens. tom. 2. cap. 30.

Dieses Merkmal ist nun auch, wie bereits oben gezeigt wurde, in dem gegenwärtigen Falle vorhanden. Wenn der Kläger dagegen bemerkt, daß eine Reubuße von 20 Louisdor mit dem Gewinn, den er aus einem solchen Geschäfte ziehen konnte, in keinem Verhältnisse stehe, und daß er gegen eine solche Kleinigkeit seine vortheilhaften Aussichten nicht würde aufgeopfert haben, so muß dieß als ganz unerheblich erscheinen, wenn man nur die Lage der Sache, wie sie bei Eingehung des Geschäftes war, nicht aus den Augen verliert. Damals war es noch höchst ungewiß, ob der Kläger aus der Erfüllung des fraglichen Geschäftes irgend einen Gewinn ziehen, oder ob er dabei verlieren werde. Bei dieser schwankenden Aussicht, wie sie damals war, konnte ein Gewinn, wie ihn die Verwirkung der 20 Louisdor gewährte, keineswegs als gering, sondern

sondern die Vorauszahlung eines solchen Gewinnes mußte vielmehr als eine sehr vortheilhafte Bedingung angesehen werden. Wenn man nun in dieser Art dasjenige, was zwischen den Kontrahenten ausgemacht wurde, nach der damaligen Lage der Dinge beurtheilt, so gewinnt man die Ueberzeugung, daß der Gesichtspunkt der Arrha poenitentialis nicht nur den Worten des Vertrages, sondern auch der hauptsächlichen Entscheidungsquelle, nämlich der Absicht beider Theile, vollkommen entspricht.

γ) Wenn nun schon hiernach die Norm der Entscheidung keinem Bedenken mehr unterliegen kann, so dürfte überflüßig seyn, zu bemerken, daß eine Reihe angesehener Rechtslehrer die Ansicht, die Vermuthung streite immer für die Arrha confirmatoria, keineswegs theilt, sondern vielmehr für den Fall, wenn noch von keinem Theile erfüllt ist, im Zweifel die Natur der Arrha poenitentialis, annimmt.

J. H. Boehmer introductio in jus Digest. lib. 18. tit. 1. §. 6. Berlich decis. aur. p. 1. dec. 44. num. 3. Leyser med. ad. Pand. spec. 204. med. 1 Bach diss. de multa poenitentiali. §. 4. (opusc. p. 390.)

Diese von der gemeinen Meinung *) abweichende Ansicht, welche nach den allgemeinen Ausdrücken in pr. J. de emt. et vend. (3. 24.): „sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat etc.“, schon in den römischen Gesezen einigen Haltpunkt zu haben scheint, fußt sich aber hauptsächlich auf eigenthümliche teutsche, im Handel und Wandel übliche Sitten und Gewohnheiten, insbesondere auf die vaterländischen Besonderheiten der sogenannten Reubuße (multa poenitentialis).

*) Höpfner Kommentar. §. 744. a. E.

Bach l. cit. Gottschalk l. cit. p. 328 et seq. Haubold, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts. (Leipzig 1820) §. 297.

Die Beziehung dieser teutschen Reubuße, wie sie sich bei den angeführten Schriftstellern findet, paßt vollkommen auf die Modalitäten des vorliegenden Falles, so daß durch Anwendung der von denselben vorgetragenen Grundsäze das schon im Vorigen hinlänglich gerechtfertigte Ergebniß nur noch mehr bekräftigt wird.

δ) Die Stellung unter den Begriff der Arrha poenitentialis oder Reubuße kann übrigens durch die Auslegungsregeln, auf welche sich der Kläger weiter bezieht, durchaus nicht gehindert werden. Er suchte nämlich den Saz geltend zu machen, daß im Zweifel Verträge in dem Sinne auszulegen seien, wornach a) das Geschäft aufrecht bleibt, und b) das der Natur des Geschäftes angemessenste Resultat erhalten wird. Diese Rechtsregeln würden dem Kläger hier allerdings zu Statten kommen, wenn es sich von Auslegung des Hauptvertrages, des Kaufgeschäftes selbst, handelte; aber über den Inhalt des Hauptgeschäftes ist ja kein Streit, die Bestimmungen desselben sind zweifellos klar. Die streitige Auslegung betrifft blos das beigefügte Nebengeschäft, und daß in dem Ergebnisse, welches erlangt ist, dieses Nebengeschäft als wirksam anerkannt und demselben sogar eine bedeutendere Wirksamkeit beigelegt wird, als dies nach der Auslegung des Klägers der Fall ist, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Daß ferner dieses Ergebniß sowohl den Worten des Vertrages, als der Absicht beider Theile entspreche, ist schon bewiesen worden.

Eben so unerheblich ist die Bemerkung des Klägers, daß er sich auf die Naturalien des Geschäftes fuße, dagegen der Beklagte ein nicht klar vorliegendes Accidentale behaupte. Denn daß ein Acci-

dentale, ein Nebenvertrag vorhanden sei, kann nicht geleugnet werden, und es handelt sich hier nicht von dem Vorzuge der Naturalien vor den Accidentalien, sondern lediglich von der bestrittenen Natur eines ausgemacht vorhandenen Accidentale. Die Entscheidung des Streites kann demgemäß nicht aus der Natur des Hauptgeschäftes, sondern nur aus der besondern Beschaffenheit des Nebenvertrages geschöpft werden.

Aus diesen Gründen erließ das Spruchkollegium zu Würzburg in seiner Sizung vom 29. März 1823 für die herzoglich anhaltische Landesregierung zu Dessau das Erkenntniß dahin, daß, mit Aufhebung des Urtheiles zweiter Instanz, es bei dem erstrichterlichen Ausspruche zu belassen sei. Die Kosten sämmtlicher Instanzen wurden bei der unverkennbaren Zweifelhaftigkeit der Sache und der Verschiedenheit der in Mitte liegenden Erkenntnisse verglichen, die Kosten der Aktenversendung aber beiden Partheien zu gleichen Theilen aufgebürdet.

VI.

Ueber die Lehre von der rei vindicatio, insbesondere über die Frage: ob Obligationen au porteur vindizirt werden können?

Von

F. A. von Zu=Rhein.

§. 1.

Klage nebst Schlußverhandlungen.

Der Partikulier K. St. erhob am 10. März 1827 gegen den Banquier J. zu W. folgende Klage beim dortigen Kreis= und Stadtgerichte:

„Bei den Verhandlungen des Debitwesens der Susanna M. habe es sich geoffenbart, daß dieselbe vier wiener Stadtbanko=Obligationen, nämlich eine mit der Numer 6348, im Kapitalbetrage zu 500 fl. w. W. zu 1 Prozent verzinslich, eine mit der Numer 1843 zu 250 fl. w. W. und verzinslich zu 2 Prozent, dann zwei mit den Numern 5573 und 10774, jede im Kapitalbetrage zu 100 fl. w. W. mit 1 Prozent verzinslich, bei dem Banquier J. versezt habe.

„Diese 4 Obligationen habe zwar die Susanna M. von seiner Ehefrau zu dem Zwecke herauszulocken gewußt, um gegen Verpfändung derselben irgendwo auf eine kurze Zeit ein Geldanlehen zu erhalten, und dann nach baldiger Auslösung derselben seiner Ehefrau wieder zuzustellen; allein

Alles dies sei ohne sein Wissen und ohne seinen Willen geschehen, und da diese Obligationen zu seinem in die Ehe gebrachten Vermögen gehörten, und er mit seiner Ehefrau in keiner allgemeinen Gemeinschaft des Vermögens stehe, noch derselben eine Administration über sein Vermögen zukomme, sofort die zwischen seiner Ehefrau und der Susanna M., sowie die zwischen Lezterer und dem Beklagten vorgefallenen Handlungen und Verträge gegen ihn wirkungslos seien, und hierbei die obengenannten vier Obligationen nicht aufgehört hätten, sein Eigenthum zu sein, so reklamire er dieselben als sein Eigenthum, und bitte: nach verhandelter Sache zu erkennen, daß ihm auf diese 4 Obligationen das Eigenthumsrecht zustehe, und daher der Beklagte ihm solche nebst Kostenersaz auszuhändigen schuldig sei."

Der Beklagte verweigerte zuvörderst die Einlassung, und zwar aus dem Grunde, weil der nächste Anspruch an die Susanna M. als Empfängerin der fraglichen Obligationen gerichtet, dieser Anspruch in der bereits anhängigen Debitsache der Susanna M. zu verfolgen, deren Beendigung also abzuwarten, und ihm hierin der Streit nicht verkündiget worden sei.

„Eventuell widerspreche er speziell und generell alle klägerischen Behauptungen, namentlich auch, daß die fraglichen 4 Obligationen ohne Wissen und Willen des Klägers von dessen Ehefrau aus dessen Vermögen entnommen, der Susanna M. eingehändigt, auch von dieser ohne Wissen und Willen desselben an ihn weiter versezt worden seien."

Sodann sezte derselbe folgende Einreden entgegen:

a) daß die fraglichen Obligationen nicht auf den Namen des Klägers sprächen, sondern au porteur stünden, und daher von ihm, als Handelsmann, ohne nähere Kenntniß von deren Eigenschaft und mit gutem Glauben, das Geschäft abgeschlossen worden sei;

b) daß er die erwähnten Papiere gegen ein Darlehen von 180 fl. pfandweise übernommen habe, und daher

nur gegen dessen Rückersaz sammt Zinsen das Pfand herauszugeben verbunden sei, und

c) daß der Kläger schon im Allgemeinen seiner Ehefrau eine Administration und resp. Einmischung in sein Vermögen zugestanden, und sie sich als die unumschränkte Verwalterin seines Vermögens mit seinem Wissen und Willen gerirt habe.

Beklagter bat sofort: ihn von der Einlassung auf die Klage, eventuell von dieser selbst zu entbinden, und auszusprechen, daß er nur gegen Rückvergütung des gegebenen Darlehens nebst Zinsen zur Herausgabe der fraglichen Obligationen verbunden sei.

In der Replik erklärte der Kläger eben so die Verweigerung der Einlassung für unstatthaft und unerheblich, als die von dem Beklagten vorgeschüzten Einreden, indem sich seine dingliche Klage lediglich auf sein Eigenthumsrecht und den Besiz der ihm eigenthümlich gehörenden 4 Obligationen von Seite des Beklagten gründe, diese Papiere, wenn sie auch auf seinen Namen nicht lauteten, genau bezeichnet seien, das pfandweise Darlehen gegen ihn, als einen Dritten, und den wahren Eigenthümer, wirkungslos sei, und selbst bei einer allgemeinen Gütergemeinschaft, welche notorisch so wenig, als eine Vererbung durch Kinder zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehe, nicht dieser, sondern ihm als Ehemann die Vermögensadministration zukomme. „Das Gegentheil und die angeblich mit seinem Wissen und Willen geschehene Wegnahme der besagten Obligationen, deren Behändigung an die Susanna M. und Veräußerung an den Beklagten, welches, gleich dem übrigen Vorbringen speziell und generell widersprochen werde, müsse daher der Leztere als selbständige Einwendungen beweisen."

In der Duplik bestand Beklagter auf seinem bereits in der Vernehmlassung Vorgebrachten, sezte abermals den gegnerischen Behauptungen einen besondern und allgemeinen Widerspruch entgegen, und beschloß zum Erkenntnisse.

§. 2.

Erkenntniß erster Instanz.

Das Gericht erster Instanz erkannte auf diese Verhandlungen zu Recht:

„1) Beklagter sei gehalten, sich auf die Klage einzulassen, und daher seine eventuelle Einlassung für eine unbedingte anzunehmen.

„2) Derselbe habe binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen, entweder:

a) daß die Ehefrau des Klägers die libellirten vier wiener Stadtbanko-Obligationen mit Wissen und Willen ihres Ehemanns aus dessen Vermögen genommen, und der Susanna M. eingehändiget, dann: daß die Leztere mit Wissen und Willen des Klägers diese Obligationen weiter an den Beklagten verpfändet habe, oder:

b) daß Kläger schon im Allgemeinen seiner Ehefrau eine Administration seines Vermögens zugestanden habe.

„3) Die Kosten seien bis zum Endurtheile auszusezen.

Gründe.

„Die angestellte Klage ist die rei vindicatio, jene dingliche Klage, welche der Eigenthümer wider den Besizer auf Anerkennung des Eigenthumsrechtes und Herausgabe der Sache, wie auch schon der Inhalt und die Bitte der Klage deutlich ergibt, anstellt.

„Es können aber auch bewegliche Sachen, und insbesondere Urkunden, wie hier Obligationen, ein Gegenstand der Eigenthumsklage sein.

L. 56. 76. §. 1. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 3. Dig. test. quemadmod. aperiant. (29. 3.)

„Nur müssen sie, besonders im Widerspruchs-Falle, nach ihren unterscheidenden Merkmalen, welche sie an sich haben, genau bezeichnet sein, damit nicht über die Iden-

tität des Klagobjektes und darüber, welche Sache herauszugeben sei, ein Zweifel entstehe.

L. 5. §. 4. L. 6. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 19. 52. §. 25. Dig. de furt. (46. 2.)

„Diese genaue Bezeichnung ist hier ebenfalls gegeben, und es alterirt nicht, daß die Obligationen nicht auf den Namen des Klägers, sondern auf jeden Inhaber lauten, weil wegen der Beschreibung nach ihrem Namen und Betrage, nach den Numern und dem Zinsfuße bei deren Herausgabe nicht wohl ein Irrthum sich ergeben kann, und eine nähere Beschreibung nach dem Obigen nicht nöthig ist. Denn die römischen Geseze, welche im Allgemeinen, wie in den beispielsweise angeführten speziellen Fällen, keine genauere Beschreibung fordern, und überhaupt Papiere von Werth als Gegenstände der Reivindikation zulassen, leiden sicher auch auf au porteur stehende Staatspapiere analoge Anwendung, besonders da die von einzelnen Staaten deßhalb erlassenen Verordnungen nur den Handel und Verkehr mit Staatspapieren betreffen, nicht aber die Vindikation derselben von dritten Besizern ausschließen und verbieten, noch auch überhaupt die Eigenthumsrechte und sonstigen Rechtsverhältnisse der Privaten unter sich in dieser Beziehung beschränken können.

„Uebrigens muß zwar der Kläger im Falle des Leugnens vor Allem das Eigenthum und den Besiz von Seite des Beklagten beweisen, wird aber derselbe des Lügens überführt, so muß er zur Strafe sofort den Besiz an den Kläger abtreten, und nun selbst die Stelle desselben übernehmen.

L. ult. Dig. de rei vind. (6. 1.) Nov. 18. Cap. 10. Hofacker princip. jur. §. 1016. 1017. 1019. 1021. 1026. und 1027. Thibaut, Pand. Recht §. 563 — 567.

„Es hat nun zwar der Beklagte außer einem allgemeinen Widerspruche das Eigenthumsrecht des Klägers auf die libellirten Obligationen geradezu nicht in Abrede

gestellt, vielmehr durch die Einreden: daß Kläger seiner Ehefrau die Administration seines Vermögens zugestanden habe, und daß die Wegnahme jener Papiere aus dessen Vermögen, deren Einhändigung an die Susanna M. und deren Verpfändung an ihn mit Wissen und Willen des Klägers geschehen sei, das Eigenthum des Lezteren, welches diese Behauptungen nothwendig voraussezen, eingeräumt und anerkannt, sowie auch der Zweifel erregende Umstand, daß die Obligationen nicht auf den Namen des Klägers sprechen, nach dem Vorigen nichts relevirt, noch dem Klagrechte des Lezteren etwas benimmt; — dagegen hat Beklagter den Empfang und Besiz der besagten Papiere generell und speziell geleugnet.

„Allein dessenungeachtet liegt in seinen weiteren Einwendungen, daß er als Handelsmann im guten Glauben und ohne nähere Kenntniß von der Eigenschaft der ihm angebotenen Papiere das Geschäft mit der Susanna M. abgeschlossen, und daß er für die Obligationen 180 fl. dargeliehen, daher nur gegen deren Ersaz das Pfand herauszugeben habe, sowie in der eventuellen Bitte, daß er nur gegen Zurückvergütung des auf die Obligationen gemachten Darlehens sammt Zinsen zu deren Herausgabe verbunden sei, ebenfalls das deutliche Geständniß des Besizes, des pfandweisen Empfangs und Innehabens dieser dem Kläger gehörigen Obligationen.

„Bei diesen implicite, aber klar und deutlich vorliegenden Bekenntnissen und Einräumungen, welche als selbständige Behauptungen nicht blos in den hingestellten Exzeptionen, sondern auch in der angeblichen negativen Einlassung und in der eventuellen Exzeptionsbitte klar und unzweideutig enthalten sind, kann dem Beklagten der übrige spezielle und generelle Widerspruch nichts nüzen, noch dieser jenen unwirksam und ungeschehen machen, ja er erscheint sogar hinsichtlich des Besizes als des Lügens überwiesen. Zur Strafe müßte derselbe sohin den Besiz an den Kläger sofort abtreten und nun selbst dessen Rolle

übernehmen, wenn auch das Eigenthum nicht zugestanden, oder erwiesen wäre.

„Hieraus folgt, daß die als eine dingliche Klage lediglich auf das Eigenthumsrecht und den Besiz sich gründende Reivindikation gegen den Beklagten, als den wahren Besizer, ganz wohl gerichtet ist, und daß es eben deßhalb einer vorgängigen Belangung und Ausklagung der ursprünglichen Empfängerin sowenig, als einer hier ganz unzuläßigen Streitverkündung, aber auch keines weitern Beweises des Eigenthums und des Besizes mehr bedarf.

„Aus gleichem Grunde berühren auch die zwischen der Ehefrau des Klägers, der Susanna M. und dem Beklagten bestehenden Vertrags- und Rechtsverhältnisse, insbesondere das pfandweise Darlehen, den Kläger, als Dritten und Eigenthümer, nicht im Mindesten, und es findet eben deßhalb ein Retentionsrecht gegen denselben von Seite des Beklagten um so weniger Statt, als ohnedies die gesezlichen Erfordernisse des Retentionsrechtes sowohl überhaupt, als namentlich bei der Reivindikation hier mangeln. Denn die Verpfändung der Obligationen geschah nicht von dem E i g e n t h ü m e r, sondern von e i n e r h i e r z u n i c h t b e f u g t e n P e r s o n, die Auslagen und Gegenforderungen bezweckten und betreffen nicht den Vortheil des Ersteren, sondern der Lezteren; gehen daher nicht jenen, sondern nur diese an, und sind überdies weder bescheinigt, noch liquid, während das Klagerecht an sich wohl begründet ist.

„Sowie also die Verweigerung der Einlassung und die übrigen oben gewürdigten Exzeptionen ganz unstatthaft sind, und den Beklagten von seiner deßfallsigen Verbindlichkeit nicht befreien, so hätte derselbe, insbesondere auch wegen des überführten Lügens schon jezt die fraglichen Obligationen an den Eigenthümer ohne Entschädigung und Vergütung herauszugeben, und es bliebe ihm nur sein Regreß an die Verpfänderin oder wen immer unbenommen.

Nov. 18. Cap. 10. Hofacker a. a. O. §. 1021. 1027.

Thibaut a. a. O. §. 566. 569. verglichen mit §. 311.

„Allein der Beklagte hat im Gewande der negativen Einlassung in verneinender Form eine wirkliche, den Klagegrund zerstörende Einrede vorgebracht, wenn behauptet wurde, daß die Ehefrau des Klägers die erwähnten vier wiener Stadtbanko-Obligationen mit Wissen und Willen ihres Ehemannes aus dessen Vermögen entnommen, und der Susanna M. eingehändiget, auch die Leztere mit Wissen und Willen des Klägers diese Obligationen weiter an den Beklagten verpfändet habe.

„Denn ist diese Angabe richtig, so wird hierdurch die Reivindikation solange ausgeschlossen, das Retentionsrecht des Beklagten als Pfandinhabers bleibt dagegen solange fundirt, bis Lezterer das auf die Pfänder gegebene Darlehen nebst Zinsen und sonstigen Auslagen zurückersezt erhalten hat.

Thibaut a. a. O. §. 569.

„Da aber Kläger diesen Einwand ausdrücklich widersprochen hat, so muß ihn der Beklagte vor Allem genügend beweisen.

Cod. jud. Kap. 6. §. 6. Kap. 9. §. 1.

„Der Leztere hat indessen außer der gleichfalls negativ aufgestellten Behauptung, daß Kläger mit seiner Ehefrau in einer Vermögensgemeinschaft lebe, eine solche wenigstens stillschweigend unter ihnen bestehe, und faktisch anerkannt sei, noch die weitere Einrede entgegengesezt, daß der Kläger seiner Ehefrau schon im Allgemeinen eine Administration und resp. Einmischung in sein Vermögen zugestanden, und sie sich als die unumschränkte Verwalterin seines Vermögens mit seinem Wissen und Willen gerirt habe.

„Nun mag aber zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau eine allgemeine Gütergemeinschaft durch Vererbung oder auf sonstige Weise bestehen, oder nicht, es mag eines dieser Ehegatten ein eigenes und vorbehaltenes Vermögen haben, oder nicht, so würde doch immer dem Ehemanne,

und nicht der Ehefrau die Vermögensadministration zukommen, und Leztere nicht befugt sein, ohne Wissen und Willen ihres Ehemannes Veräußerungen und andere nachtheilige Dispositionen über Vermögensbestandtheile vorzunehmen, ja, der Leztere wäre in solchen Fällen berechtiget, dergleichen eigenmächtige Handlungen zu widerrufen und rückgängig zu machen.

Fränkische Landgerichtsordg. Th. III. Tit. 96. §. 3 u. 6. Tit. 97. §. 3. Tit. 102. §. 1. 3. 5.

„Dieser Umstand ist es insbesondere auch, welcher für das von dem Kläger angesprochene Eigenthum und für dessen Befugniß zur Anstellung der Vindikationsklage spricht, und jeden deßfallsigen Zweifel niederschlägt. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Kläger schon im Allgemeinen seiner Ehefrau eine Administration des Vermögens und besonders seines Vermögens zugestanden oder eingeräumt hat, was, als stillschweigende Einräumung, auch den Fall unter sich begreift, wenn sich die Ehefrau des Klägers als die unumschränkte Vermögensverwalterin mit seinem Wissen und Willen gerirt hat. Hier hat er dann generell, wie bei dem vorigen Einwande speziell, seine Ehefrau zur Vornahme solcher das Vermögen betreffenden Handlungen und Verfügungen ermächtigt, und solche im Voraus genehmigt, er muß sie daher auch so wider sich gelten lassen, als ob sie von ihm selbst geschehen wären.

„In diesem Falle kömmt dem Kläger wenigstens die Reivindikation wider den Beklagten nicht zu, vielmehr ist dieser durch das ihm zustehende Pfandrecht bis zur Auslösung des Pfandes gegen jede deßfallsige Angriffe gedeckt, und der Kläger kann nur seine Ansprüche gegen die ursprünglichen Empfängerinen der fraglichen Obligationen verfolgen. Die deßfallsige Einrede, welche aber widersprochen ist, und wider welche ohnehin die Vermuthung streitet, steht demnach, gleich der vorigen, der Klage ebenfalls zerstörend entgegen, und muß also dem Beklagten alternativ zum Beweise auferlegt werden, weil jede

dieser beiden Einreden eine und dieselbe Wirkung auf die Klage äußert.

„Von dem Gelingen oder Mißlingen dieses Beweises hängt die weitere Entscheidung in der Hauptsache ab, und bis dahin bleibt auch jene über den Kostenpunkt noch ausgesezt.

Cod. jud. Kap. 17. §. 4.

„Es war sohin, wie geschehen, zu erkennen. rc. rc.

§. 3.

Berufung des Beklagten.

Gegen obiges Erkenntniß ergriff der Beklagte die **Berufung.**

Seine Beschwerdepunkte waren:

1) weil ausgesprochen worden sei, daß er sich auf die vorwürfige Klage einzulassen habe, statt daß der Kläger ohne Weiters hätte abgewiesen werden sollen;

2) daß das Untergericht, statt die ganze Klage zum Beweise auszusezen, und dem Kläger die deßfallsige Beweislast zuzuerkennen, die vorliegende Klage bereits als erwiesen und resp. eingestanden annehme, und endlich

3) weil ihm der Beweis darüber, daß die in Frage stehenden Handlungen mit Wissen und Willen des Klägers vorgefallen seien, prinzipell, und nicht eventuell, oder gar als direkter Gegenbeweis auferlegt worden sei.

Zur Rechtfertigung des ersten Beschwerdepunktes bezog sich Appellant vordersamst auf seine in der Vernehmlassung enthaltenen Deduktionen und hob insbesondere als Anhaltspunkte heraus:

„a) daß die in Frage stehenden 4 Obligationen nicht auf einen bestimmten Namen als Gläubiger sprächen, daß sie daher so gut wie das baare Geld und jede andere vertrautbare Sache res fungibiles seien, folglich im öffentlichen Verkehre stünden, und einer Vindikation nicht unterliegen könnten;

„b) daß er öffentlicher Handelsmann und Banquier sei, daß ihm daher die Befugniß, Geld und dem Gelde gleiche Papiere einzuwechseln, oder überhaupt Geschäfte damit zu machen, unbezweifelt zustehe, ohne daß ihm zugemuthet werden könne, sich über die Abkunft und den richtigen Erwerb der ihm angeboten werdenden Papiere, die auf keinen Namen stünden, zu erkundigen; jedenfalls habe er, wenn er auch die fraglichen Obligationen als Pfand angenommen haben sollte, in gutem Glauben gehandelt, besonders da der Handel mit Staatspapieren freigegeben sei;

„c) die Susanna M. sei die eigentliche und die erste Schuldnerin, wenn man nicht gar annehmen wolle, daß die Ehefrau des Klägers, welche nach dem jenseitigen Vorgeben heimlich und unbefugt die fraglichen Papiere aus dem Gewahrsame ihres Mannes genommen, diejenige Person sei, welche zuerst hätte verklagt werden sollen. Ehe nun wenigstens die Susanna M. ausgeklagt worden, und bevor eine förmliche Streitverkündung gegen ihn Statt gefunden, könne er um so weniger verklagt werden, als durch die gegenwärtigen ihm erst bekannt gewordenen Umstände seine Ansprüche gegen Susanna M. einen ganz andern Charakter annähmen, welche daher im Debitwesen derselben gehörig hätten gewahrt werden sollen.

„Er glaube daher seine Bitte um sofortige Abweisung der Klage und Verurtheilung des Gegners in die Kosten gehörig begründet zu haben.

„Seine zweite Beschwerde rechtfertige er in Folgendem: Er habe die jenseitige Klage nicht nur im Allgemeinen, sondern auch im Besondern widersprochen, und noch ganz ausdrücklich in Abrede gestellt, daß ihm die in Frage stehenden vier Obligationen verpfändet worden seien, und er solche wirklich besitze. Dieser Widerspruch involvire nach allbekannten Rechtsgrundsäzen für den Kläger den Beweis seiner Klage, und resp. aller einzelnen Klagpunkte, das Untergericht nehme dessen ungeachtet die ganze Klage bereits als erwiesen und resp.

eingestanden an, weil er solche selbständige Einreden vorgebracht habe, welche auf die Richtigkeit des jenseitigen Klagegrundes schließen ließen. Es sei nun aber zu erwägen, daß es jedem Beklagten frei stehe, troz des eingelegten Widerspruchs auch noch solche Einreden vorzubringen, welche erst dann zur richterlichen Würdigung gelangen könnten, wenn der Beweis der Klage geliefert sei, wie dieses häufig nach den Grundsäzen der Eventualmaxime eintrete.

„Es könne daher die Klage weder als stillschweigend, noch als ausdrücklich eingeräumt nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. 6. §. 7. und Kap. 12. §. 1. angesehen werden; insbesondere werde ihm zu fragen erlaubt sein, was am Ende, wenn es zur Realisirung eines Definitiv-Bescheides kommen sollte, und er die fraglichen Obligationen wenigstens nicht alle erweislich besize und besessen habe, daraus werden solle.

„Er bitte also: abändernd dem Kläger seine ganze Klage in allen ihren einzelnen Punkten vordersamst zum Beweise aussezen zu wollen.

„Was nun seine dritte Beschwerde anbelange, so gehöre es

„a) offenbar zum Klagegrunde, daß die vorwürfigen Handlungen ohne Wissen und Willen des Klägers erfolgt seien; denn nur aus diesem Umstande könne ihm ein Klagerecht erwachsen, und ohne denselben müßte eine solche Klage brevi manu abgewiesen werden.

„b) Er solle nach der Angabe des Gegners im Besize der fraglichen Urkunden sein; jedenfalls sei er im guten Glauben, und habe jede nur mögliche Vermuthung für sich, was nun von selbst schon die Beweislast des Klägers über alle Theile seiner vermeintlichen Ansprüche mit sich bringe.

„c) Kläger habe zwar in der Replik behauptet, seine Klage stüze sich durchaus nicht auf den hier in Frage stehenden Umstand, allein abgesehen hiervon, daß dadurch die ganze Klage in sich zerfalle, sei auch in der Replik

eine Klage-Aenderung, und zwar um so weniger zuläs-sig, als die Behauptung, daß die Ehefrau des Klägers die libellirten vier wiener Stadtbanko-Obligationen ohne Wissen und Willen ihres Ehemannes aus dessen Vermögen genommen, und der Susanna M. eingehändiget, dann, daß die Leztere ohne Wissen und Willen des Klägers diese Obligationen weiter an ihn verpfändet habe, wo nicht direkt, doch gewiß indirekt in der jenseitigen Klagschrift liege.

„Er bitte daher: auch diesen Punkt mit in den Beweissaz des Klägers aufzunehmen, und ihm (Appellanten) hierüber nur den direkten Gegenbeweis nachzulassen.“

§. 4.

Erkenntniß des Gerichtes zweiter Instanz.

Das königliche Appellationsgericht zu W. erkannte hierauf unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz theils bestätigend, theils ändernd für Recht

„a) Der Appellat habe innerhalb 30 Tagen zerstörlicher Frist rechtsbeständig zu beweisen, daß die vier in seiner Klage benannten wiener Stadtbanko-Obligationen sein Eigenthum seien,

„b) daß in allen übrigen Punkten, soweit dagegen appellirt worden sei, das Erkenntniß des Gerichtes erster Instanz zu bestätigen sei.

Gründe.

„1) Der Appellat hat in der beim Gerichte erster Instanz eingereichten Klage den Antrag gestellt, ihn als den Eigenthümer der in derselben genannten, zu den von ihm in die Ehe eingebrachten gehörenden 4 wiener Stadtbanko-Obligationen, welche sein mit ihm nicht vererbtes Eheweib ohne sein Wissen der Susanna M. eingehändigt, und diese gleichfalls ohne sein Vorwissen an Appellanten verpfändet habe, zu erkennen, und diese zur Herausgabe dieser

dieser Obligationen an ihn unter Verurtheilung zum Kostenersaze anzuhalten.

„2) Der Appellant hat vor Allem die Einlassung auf die Klage aus dem Grunde verweigert, weil vordersamst die Susanna M. ausgeklagt werden müsse, und dem Appellanten bei dem Debitwesen derselben der Rechtstreit nicht verkündiget worden sei.

„3) Nur eventuell hat der Appellant widersprochen, daß

a) die Entnehmung der fraglichen Obligationen von dem Eheweibe des Appellaten ohne dessen Vorwissen,

b) die Verpfändung von Seite der M. an ihn ohne dieses Vorwissen geschehen sei,

c) daß Appellat mit seinem Eheweibe nicht in einer Gemeinschaft des Vermögens stehe,

d) daß die fraglichen Obligationen zu dessen in die Ehe gebrachtem Vermögen gehörten, endlich

e) daß er, Appellant, der nunmehrige Besizer der vier in Frage stehenden Obligationen sei.

„4) Auf den äußersten Fall hat Appellant nebst diesen in die Form einer Verneinung größtentheils eingekleideten Einreden noch die ferneren der Klage entgegengesezt:

aa) daß die fraglichen Obligationen auf keinen Namen, sohin der klingenden Münze gleich ständen, Appellant sonach das Geschäft in gutem Glauben abgeschlossen habe,

bb) daß ihm die fraglichen Obligationen gegen ein Darlehen von 180 fl. verpfändet worden, er sonach nur zur Herausgabe derselben gegen den Ersaz dieses Darlehens und der Zinsen verbunden sein könne; endlich

cc) daß der Appellat schon im Allgemeinen seinem Eheweibe eine Administration resp. Einmischung in sein Vermögen zugestanden gehabt habe.

„5) Das vom Appellaten zur Verfolgung seiner Rechtsansprüche wider den Appellanten zur Hand genommene Rechtsmittel ist die Eigenthumsklage (rei vindicatio).

Sie ist in dem Rechte offenbar gegründet, und der Appellant zur Einlassung auf dieselbe verbunden, indem der Einwand, daß die Susanna M. vor Allem ausgeklagt werden müsse, um so unerheblicher ist, als den allgemein bekannten Rechtsgrundsäzen zufolge diese Klage gegen den Besizer, ja sogar den einfachen Innhaber der von dem Kläger als sein Eigenthum in Anspruch genommenen Sache Statt findet, und dieser sich von der Einlassung auf die Klage nur dann befreien kann, wenn er nicht in eigenem, sondern im Namen eines Dritten die Sache besizt, und er diesen Dritten benennt, in dem hier gegebenen Falle aber der Appellant, daß er im Namen der Susanna M. besize, zu behaupten nicht vermogte.

L. 9. Dig. de rei vind. (6. 1.). Hofacker tom. II. §. 1017.

„6) Der in der ersten Instanz zu einem andern Zwecke, in dieser aber zur Begründung der Verweigerung der Einlassung angeführte Umstand, daß die fraglichen Obligationen nicht auf einen bestimmten Namen als Gläubiger sprechen, daher wie jede fungible Sache zu betrachten seien, und Appellant bei der Annahme derselben als Pfand in gutem Glauben gehandelt habe, kann den Appellanten gleichfalls nicht von der Einlassung befreien, da, wenn dergleichen au porteur ausgestellte Schuldurkunden auch sogar der klingenden Münze gleichgeachtet werden sollen, die Geseze ausdrücklich bestimmen, daß auch Gelder (nummi) ein Gegenstand der Vindikation sein können, wenn diese Gelder nur noch nicht mit jenen des Beklagten vermischt sind, eine solche Vermischung aber bei au porteur ausgestellten Obligationen, die mit einer eigenen Numer versehen sind, eine reine Unmöglichkeit ist.

L. 11. §. 2. u. L. 14. Dig. de reb. cred. (12. 1.).

„Abgesehen von den übrigen rechtlichen Folgen in Beziehung auf die Begründung der Klage wider den Beklagten ist es auch ganz gleichgiltig, ob er zum Besize derselben in gutem Glauben gelangt sei oder nicht, sondern es

genüget schon, wenn er dieselbe nur für sich besizt, da in L. 9. Dig. de rei vind. ausdrücklich gesagt wird: „„Officium judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat, nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat,““ weßwegen in dem vorliegenden Falle die Rede davon gar nicht sein kann, ob nicht das Eheweib des Appellaten zuerst und nach diesem die Susanna M. vorher hätten ausgeklagt werden sollen, und noch viel weniger von einer Streitverkündung an den Appellanten, da keine Gewährleistung von ihm gefordert wird. Die erste Beschwerde des Appellanten erscheint sonach als völlig grundlos.

„7) Als eigentliche Ableugnung des Klagegrundes können nur die beiden von dem Appellanten in Widerspruch gezogenen Momente angesehen werden:

a) daß die fraglichen Obligationen zu dem von dem Appellaten in die Ehe eingebrachten Vermögen gehören oder auch gehört haben, sohin daß derselbe Eigenthümer der fraglichen Obligationen sei oder gewesen sei, da der Appellat in der Klage diesen Thatumstand zum Nachweise seines Eigenthums angeführt hat, dann

b) daß Appellant die fraglichen Obligationen besize.

Zu a) Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Vindikant sein Eigenthums-Recht an der Sache, die er vindiziren will, wenn es ihm von seinem Gegentheile widersprochen wird, vor Allem rechtlich darthun müsse. Also auch in dem gegebenen Falle liegt dem Appellaten dieser Beweis ob. Weder ein ausdrückliches Geständniß von Seite des Appellanten, daß die fraglichen Obligationen Eigenthum des Appellaten seien, liegt vor, noch kann auch das Vorhandensein eines stillschweigenden angenommen werden; denn wenn Appellant

α) zugleich mit dem Widerspruche des Eigenthums ferner widersprach, daß ohne Vorwissen des Appellatne

die fraglichen Obligationen entnommen und verpfändet worden seien, dann, daß Appellat mit seinem Eheweibe nicht in allgemeiner Gütergemeinschaft lebe, so sind dieses nur in die Form einer Verneinung eingekleidete, wirkliche Behauptungen enthaltende, Einreden; wer aber Einreden entgegensezt, gesteht nicht zu; anderntheils sind diese Einreden offenbar nur auf den Fall entgegengesezt, wenn der Appellat den Grund seiner Klage, das behauptete Eigenthum, darzuthun vermöge.

β) Nur eventuell, also wieder unter der Voraussezung, daß der Appellat sein Eigenthum darthun werde, sind die ferneren Einreden entgegengesezt worden, daß die fraglichen Obligationen gegen ein Darlehen von 180 fl. verpfändet worden seien, und daß der Appellat schon im Allgemeinen seinem Eheweibe eine Vermögens-Administration habe eingeräumt gehabt. Hieraus kann also wieder nicht ein Zugeständniß des Klagegrundes abgeleitet werden.

Zu b) Dahingegen kann der zweite der Klage entgegengesezte Widerspruch des Thatumstandes, daß Appellant die fraglichen Obligationen besize, in dem gegebenen Falle nicht beachtet werden. Der Appellant hat die von dem Appellaten in der Klage aufgestellte Behauptung, daß die in Frage stehenden 4 Obligationen von der Susanna M. gegen ein Geldanlehen an ihn verpfändet worden seien, zugestanden, also auch, daß er den Besiz derselben erlangt habe. Der in der Vernehmlässung noch nachgetragene Widerspruch des Thatumstandes, daß er diese Obligationen erhalten habe, stehet sonach mit seinem eigenen Zugeständnisse, welches in der zur Abgabe der Replik angesezten Tagfahrt wiederholt und noch berichtigt wurde, in einem direkten Widerspruche, und da einmal als erwiesen angenommen werden muß, daß er den Besiz

erlangt habe, von ihm selbst aber nicht angegeben wird, daß er diesen Besiz wieder verloren oder aufgegeben habe, so muß auch angenommen werden, daß er sich noch im Besize befinde. Uebrigens thut es hier zur Sache nichts, daß dieses Zugeständniß erst bei der eventuellen Entgegensezung der Einreden vorkommt, da der Appellat die pfandweise Innhabung ausdrücklich als Klagegrund mit anführte, der Appellant in seinem Exzeptionsaze nicht, daß er sie verpfändet erhalten habe, sondern nur, daß er der nunmehrige Besizer dieser 4 Obligationen sei, widersprochen, und erst dann, als er ausdrücklich, dieselben gegen ein Anlehen verpfändet erhalten zu haben, zugestanden hatte, wieder in Widerspruch ziehen wollte, dieselben erhalten zu haben.

„8) Die in das Gewand einer Verneinung eingekleideten Aeußerungen des Appellanten in seinem Exzeptionsaze, er widerspreche, daß die fraglichen 4 Obligationen ohne Wissen und Willen des Appellaten von seiner Ehefrau aus dessen Vermögen entnommen, und der Susanna M. eingehändigt worden seien, dann daß diese die fraglichen Obligationen ohne des Appellaten Wissen und Willen an den Appellanten verpfändet habe, enthalten die Behauptung, daß alle diese Handlungen mit Vorwissen des Appellaten vorgenommen worden seien, in sich, und sind, wie breits in den untergerichtlichen Entscheidungsgründen ausgeführt worden ist, der Klage entgegengesezte zerstörliche Einreden, deren Beweis dem Appellanten obliegt, und zwar, wie das untergerichtliche Erkenntniß ausgesprochen hat, konjunktiv, da, wenn auch bewiesen ist, daß der Appellat von der Zurhändnehmung der fraglichen Obligationen durch sein Eheweib Wissenschaft gehabt habe, nicht zugleich auch als bewiesen angenommen werden kann, daß auch die Verpfändung derselben mit seinem Vorwissen geschehen sei, indem beide Umstände in keinem sol-

chen Kausalverbande stehen, daß bei dem Vorhandensein des einen auch die Existenz des andern nothwendig angenommen werden muß.

„9) Eben so ist es nur ein anscheinender Widerspruch, und enthält eine wahre zerstörlich sein sollende Einrede, wenn der Appellant die Behauptung des Klägers, daß er mit seinem Eheweibe in keiner Gütergemeinschaft stehe, in Abrede stellt, und er behauptet damit, daß wenigstens eine stillschweigende bestehe, und faktisch anerkannt sei. — Allein diese Einrede ist nicht geeignet, den Grund der angestellten Klage zu zerstören, da nach den Grundsäzen des fränkischen Provinzialrechtes die allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten nur durch Erzeugung von Kindern und durch Eingehung eines Einkindschaftungs- oder Vererbungsvertrages (Condonation) begründet werden kann, der Appellant das Vorhandensein einer dieser drei Thatsachen selbst nicht behauptet, und außer diesen drei Entstehungsarten auf eine andere Weise durch faktische Anerkennung, also stillschweigend, eine allgemeine Gütergemeinschaft nie begründet werden kann.

Verordnung v. 22. Juli 1777 §. 10. (Sammlung der hochfürstlich-würzburgischen Landesverordnungen. Th. 3. S. 152.). Schneidt elementa juris francon. §. 114.

„10) Die Einrede, daß die fraglichen Obligationen auf keinen bestimmten Namen als Darleiher sprächen, und Appellant bei der Annahme derselben als Unterpfand im guten Glauben gehandelt habe, ist schon bei der Würdigung der ersten Beschwerde als unbegründet dargestellt worden.

„11) Die Frage aber, ob der Appellant, die fraglichen 4 Obligationen an den Appellaten ohne Weiters mit allenfallsigem Vorbehalte seines Rückgriffes gegen die Susanna M. oder nur gegen Ersaz des Darlehens von 180 fl. und der Zinsen herauszugeben, schuldig sei, kann erst bei der endlichen Entscheidung der Sache zur Erörterung kommen.

„12) Es bleibt demnach nur noch die ferner eventuell entgegengesezte Einrede zu prüfen übrig, daß der Appellat seinem Eheweibe schon im Allgemeinen eine Administration seines Vermögens zugestanden gehabt habe.

„Diese Einrede ist aus den von dem Gerichte erster Instanz angeführten Gründen geeignet, den Klaggrund zu zerstören, sohin erheblich, und war sonach, als von dem Appellaten widersprochen, dem Appellanten zum Beweise auszusezen.

„13) Die Kosten dieser Instanz waren, da zum Theile ändernd anerkannt wird, zu vergleichen."

§. 5.

Schluß.

Auf eine vom Beklagten gegen obiges Erkenntniß ergriffene Revision wurde ersteres vom Ober-Appellationsgerichte des Reiches seinem ganzen Inhalte nach bestätiget, und nach durchgeführtem Beweise wurde endlich definitiv erkannt: daß der Beklagte schuldig sei, dem Kläger die in seiner Klage benannten vier wiener Stadtbanko-Obligationen, vorbehaltlich seines Anspruches gegen die Verpfänderin Susanna M. oder wen immer herauszugeben.

Die durch die Vernehmlassung des Beklagten in Anregung gebrachte Frage: ob Beklagter die fraglichen Obligationen nur gegen Ersaz des Darlehens von 180 fl. herauszugeben schuldig sei, wurde mit folgenden Worten in den Entscheidungsgründen zu obigem Definitiv-Erkenntnisse erlediget: „Dieses Darlehens-Verhältniß berührt „den Kläger als Dritten und Eigenthümer nicht im „Mindesten. Die Verpfändung der Obligationen geschah „nicht von ihm, sondern von einer hierzu nicht befugten „Person, die Auslagen und Gegenforderungen bezweckten und betrafen nicht den Vortheil des Klägers, sondern der Verpfänderin, gehen daher nicht jenen, sondern

„nur diese an, und der Beklagte ist deßhalb weder be„rechtiget, ein Retentionsrecht auszuüben, noch von dem „Kläger eine Vergütung, resp. einen Ersaz des gemach„ten Geldvorschusses zu verlangen; vielmehr kann derselbe „seinen Regreß nur gegen die Verpfänderin der fraglichen „Obligationen, oder gegen wen er sonst noch außer dem „Kläger Ansprüche machen zu können glaubt, nehmen, „was ihm auch unbenommen ist.“

VII.

Kann nach baierischem Rechte eine kurz vor Ausbruch des Konkurses, aber ganz nach den Vorschriften des Hypotheken-Gesezes, auf des Schuldners Güter eingetragene Konventional-Hypothek blos auf den Grund des präsumtiven Betruges an den übrigen Gläubigern vom Konkursrichter verworfen werden?

Von

Dr. Rudolph Freiherrn von Holzschuher,

k. Appellationsgerichts-Advokaten in Nürnberg.

Folgender Rechtsfall gab zur Erörterung vorstehender Frage Anlaß. A. hatte schon seit vielen Jahren eine beträchtliche Anzahl Schulden, indem er bei ansehnlichem Immobiliarbesiz einen eben so beträchtlichen, größtentheils freundschaftlichen Kredit genoß. Vier seiner Gläubiger, welche ihm seit vielen Jahren Kapitalien, theils zur Wiedererbauung seines abgebrannten Hauses, theils zu seinem Gewerbe, auf einfache — obwohl zum Theil auch mit der Klausel: „unter Verpfändung meiner Haab und Güter" jedoch nur außergerichtlich versehene — Handschriften geliehen, ja welche auch bei Einführung des Hypothekengesezes v. J. 1822 in Baiern noch nicht auf Erlangung einer formellen Hypothek gedacht hatten, drangen

auf einmal gegen ihren Schuldner außergerichtlich auf Zahlung oder formelle Realsicherheit. Der Schuldner wählte das Leztere, als das gelindere Mittel, und so wurden diesen 4 Gläubigern an einem Tag, am 16. Juni 1828, auf die Immobilien des Schuldners Hypotheken mit gleichem Zeitrange eingetragen. Dieß mogte indessen ruchtbar geworden sein, und nun wachten auf einmal so viele Gläubiger auf, welche dem Schuldner gleiche Alternative stellten, daß er nicht mehr sich aufrecht zu erhalten getraute, sondern am 5. Juli 1828, unter Einreichung eines Verzeichnisses seiner Aktiven und Passiven, selbst auf Konkurs-Eröffnung antrug. Zu dieser kam es am Ende auch wirklich, obgleich der größere Theil seiner Gläubiger ihn in seinem Gewerbe fortwährend aufrecht erhalten und ihm so viel Zeit lassen wollte, als er brauchen würde, um sich zu erholen, und durch nüzlichen Gewerbsbetrieb sich wieder in das Gleichgewicht zu sezen. Mit der Konkurs-Eröffnung kam es sehr natürlich auch zur Anfechtung jener 4 Hypotheken, auf welche es von Seite der Opponenten gegen gütliche Fristung nur abgesehen zu sein schien. Man glaubte, genug Grund in dem ungefähr 3 Wochen später erfolgten Insolvenz-Bekenntnisse des Schuldners für die Behauptung zu finden, daß diese Hypotheken von Seite des Schuldners mit Wissen seines Zahlungs-Unvermögens und zur betrüglichen Beschädigung seiner übrigen Gläubiger konstituirt worden seien. Daß diese Hypotheken ganz innerhalb der Gränzen und nach den Vorschriften, welche das Hypothekengesez v. J. 1822 festsezt, bestellt waren, schien zwar deren Aufrechthaltung zur gesezlichen Nothwendigkeit zu machen; dessenungeachtet prävalirte in zwei Instanzen die Ansicht, daß alle Verträge fortwährend durch das Civil-Gesez regirt würden, und daß daher die Entscheidung aus dem paulianischen Geseze geschöpft werden müsse. Die Anwendbarkeit desselben auf Verpfändungen, welche vor dem Konkurs für eine unbestrittene Schuld vorgenommen wurden, ist zwar bei dem Schwanken und scheinbaren Widerspruche mehrerer römischer Gesez-Frag-

mente noch sehr kontrovertirt, und man stößt bei den Rechtsgelehrten und in den teutschen Landesgesezgebungen, welchen jene Quellen vorschwebten, auf die verschiedenartigsten Auslegungen; indessen die einschlägigen baierischen Gerichtshöfe ergriffen die strengste Interpretationsart, indem sie Verpfändungen und Zahlungen, welche der Schuldner vor der Konkurs-Eröffnung ohne eine Zwangspflicht zu einer Zeit vorgenommen hat, wo er sein Unvermögen, alle seine Gläubiger zugleich befriedigen zu können, wußte oder wissen mußte, als präsumtiv betrüglich annulliren zu müssen glaubten. Dieser Ansicht stehen gleichwohl so bedeutende Zweifel entgegen, daß eine Erörterung derselben um so weniger überflüßig scheint, als ihre Lösung nur durch eine schickliche Vereinigung verschiedener in Baiern zu verschiedenen Zeiten und nicht in Bezug auf einander geschöpften Geseze möglich scheint.

Zuvörderst ist wohl als unstreitig anzunehmen, daß das paulianische Gesez in Baiern nicht als Quelle der Entscheidung gelten, sondern höchstens in doktrinelle, mithin nur in sehr untergeordnete Betrachtung gezogen werden könne; denn Baiern hat eine eigene vollständige Landesgesezgebung. Sein Judiziar-Kodex behandelt das Konkurs-Recht nach dessen ganzem Umfange, sowohl in materieller als formeller Beziehung, er bestimmt daher im Kap. XIX. §. 19 auch die Wirkungen des Konkurses auf Handlungen, welche der Gemeinschuldner vor dessen Eröffnung vollzogen hat, er sezt fest, ob und unter welchen Bedingungen vorhergegangene Dispositionen von den dadurch sich beschädigt findenden Gläubigern widerrufen werden können. — In Beziehung auf **Verpfändungen** vor Ausbruch des Konkurses harmonirt er genau mit dem neuern Hypothekengeseze vom 1. Juni 1822. Dasselbe erfordert zu einer Konventional-Hypothek nur den erklärten Privatwillen des Bestellers (§. 3) mit dem Rechte und der Fähigkeit desselben, über die Sache, womit er durch Hypothek Sicherheit stellen will, zu verfügen (§. 14). Ist der Privatwille bei dem Hypothekenamte unmittelbar

erklärt, so ist er dadurch schon genugsam konstatirt, ist er durch vorangegangene Urkunden erzeugt, so unterliegen diese dem Probiersteine derjenigen Eigenschaften, welche die Geseze zu einer giltigen Urkunde erfordern (§. 15). Konsequent konnte daher das Hypothekengesez der Wirksamkeit des Hypothekenamts keine andere Gränze sezen, als von dem Zeitpunkt an, wo der Verlust der Dispositionsfähigkeit des Schuldners richterlich ausgesprochen und dem Hypothekenamte bekannt gemacht, oder wo die Dispositionsfreiheit durch richterliche Verfügung wenigstens suspendirt sein würde, mit einem Worte: das Hypothekenamt kann keine Hypothek-Erwerbung mehr formalisiren, so bald das gerichtliche Verbot eingetreten und gehörig bekannt gemacht worden ist (§. 73), sei es nun ein definitives Verbot, in Folge der Konkurs-Eröffnung, oder ein provisorisches, welches während des präparatorischen Verfahrens über die Gantmäßigkeit des Schuldners ergehen kann. (Gönners Kommentar über das Hyp. Ges. S. 557.)

Der Einfluß, welchen der Tod des Besizers auf Hypotheken-Erzeugungen äußert, veranlaßte den Gesezgeber zu der Bestimmung des §. 75 in Beziehung auf die Erbschafts-Gläubiger, welcher der Gesichtspunkt zu Grunde liegt, daß auf eine noch nicht angetretene Erbschaft (hereditas jacens), da sie blos die Person des Verstorbenen repräsentirt, wegen Mangels des Subjekts keine Hypothek bestellt werden könne, und vom blosen Benefiziat-Erben, weil dieser nur in administratorischer Eigenschaft erscheint, wenigstens nicht auf den Fall mit Effekt bestellt werden kann, wenn die Erbschaftsmasse zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger nicht hinreicht. (Vergl. Kommentar a. a. O. S. 559 u. 560.)

Weitere Beschränkungen des Hypotheken-Erwerbs statuirt das baierische Hypothekengesez nicht. Der Kommentar a. a. O. S. 558 erklärt die Gründe, warum die anfängliche im ersten Entwurfe des Gesezes ersichtliche Absicht, noch eine weitere Bedingung für die Giltigkeit der Hypothekbestellungen im Falle eines Konkurses aus

dem Grund der paulianischen Klage hinzuzufügen, wieder aufgegeben wurde. So wenig das Hypothekengesez den Hypothekbestellungen eine Beschränkung im Sinne des paulianischen Gesezes auflegt, eben so wenig war eine solche von der frühern bürgerlichen Gesezgebung Baierns statuirt. Der Cod. jud. Kap. XIX. §. 19. Nr. 4. deklarirt, wie das Hypothekengesez, nur alle nach eingetretenem definitiven Verbote vom Schuldner vorgenommenen Dispositionen für nichtig; mit den Worten: „Was aber der Debitor erst nach angefangenem General-Konkurse „oder gegen obrigkeitliches Verbot noch bezahlt, veräußert, verschreibt, verpfändet, oder sonst immer zum „Nachtheil, Abbruch oder Verminderung der Gantmassa „thut oder unterlaßt, ist von gar keiner Kraft, und „kann sowohl von dem bestellten Curatore bonorum als „den Creditoribus ohne Unterschied allzeit wieder revozirt „werden." Gegen Verpfändungen, welche vor Ausbruch des Konkurses oder vor irgend einem gerichtlichen Verbote vom Schuldner vorgenommen worden sind, räumt der Cod. jud. weder der Gesammtheit der Gläubiger oder dem Curator bonorum, noch einzelnen Gläubigern ein Widerrufsrecht ein. Gegen Zahlungen und gegen Veräußerungen an einzelne Gläubiger gestattet aber dieses Gesez nur den Hypothek-Gläubigern ein Widerrufsrecht, und zwar den älteren oder gleich privilegirten in Folge ihres fundirten Pfandschafts-Rechts, anderen Gläubigern aber, welche kein gleiches oder älteres Unterpfand haben, nur im Fall eines untergelaufenen Betrugs. Blose Personal-Gläubiger können also nach diesem Geseze, welches zunächst der L. 6. §. 7. und L. 13. D. (42. 8.) folgt, nirmals Zahlungen und Verpfändungen, welche an einen Gläubiger für eine richtige Schuld geschehen sind, anfechten; wie schon früher B. Schmid im Comm. ad proc. summar. et edict. tit. 2. Art. 32. Nr. 11. 15 u. 28. bemerkt hat: „Pro regula tertia dicendum, quod nudi creditores chirographarii solutionem alteri concreditori suo, qui paris conditionis est, factam revocare non

possunt.“ Diese Gesezgebung geht demnach von folgenden sehr natürlichen Grundsäzen aus: Von einem Schuldner, welcher zahlt, ist zu vermuthen, daß er keine weitere Absicht dabei gehabt habe, als sich von einer drückenden Verbindlichkeit zu befreien (L. 21. D. de peculio 15. 1.), und eben so wenig läßt sich auf Seite des Gläubigers, welcher vom Schuldner Zahlung empfing, hier eine betrügerische Absicht annehmen, indem er nichts weiter that, als daß er die Leistung einer Verbindlichkeit empfing, womit der Schuldner ihm verhaftet war. Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. Wer darleiht, leiht nicht auf die Bedingung, das Seinige nicht anders zurückfordern zu wollen, als in wie ferne der Schuldner auch alle seine übrigen Gläubiger werde bezahlen können. Daher der bekannte Ausspruch Ulpian's in L. 6. §. 7. D. quae in fraudem cred. (42. 8.) Auch die römischen Geseze statuiren die Anfechtung einer Zahlung nur dann, wenn sie einem Gläubiger durch eine Gratifikation widerfuhr, nämlich durch eine Begünstigung mit absichtlicher Hintansezung anderer Gläubiger (L. 24. D. quae in fraudem cred.), wobei immer vorausgesezt wird, daß auch andere Gläubiger schon gleichfalls auf eine Zahlung gedrungen haben, welche der Schuldner nun gleichwohl ihnen nicht, sondern einem Andern leistete, welcher hierdurch begünstiget erscheint. Ohne eine solche Konkurrenz ist keine Begünstigung denkbar, wie Dabelow in der ausführl. Entwickel. der Lehre vom Konkurs der Gläubiger S. 426 — 430 überzeugend dargethan hat. Der Cod. jud. hat, dem Prinzipe: vigilantibus jura, getreu, statuirt, daß diesfalls den Gläubigern, welche befürchten, daß Zahlung anderer Gläubiger nur mit ihrem Schaden möglich sei, der Weg offen stehe, ein obrigkeitliches Verbot auszuwirken, und daß sie, wenn sie dies nicht thaten, dem Gläubiger, welcher blos das Seinige erhielt, das Erhaltene auch nicht wieder abnehmen können *).

---

*) Vergl. Hufeland, Lehrb. d. Civilr. Bd. 2. §. 2045. S. 534.

Der Cod. jud. Kap. XIX. §. 19. Nr. 1. deutet nämlich deutlich genug an, daß Einstellung der Zahlung nicht blos durch die Konkurs-Eröffnung, sondern auch durch ein — im präparatorischen Verfahren und provisorisch mögliches obrigkeitliches Verbot bewirkt werden könne. Ganz konform hiermit ist das Hypothekengesez, in Beziehung auf Verpfändungen, welche als blose Verstärkungsmittel einer unstreitigen Schuld keinen größeren Beschränkungen, als die Zahlung selbst, unterworfen werden können.

Sowohl vor als mit der Konkurs-Eröffnung kann und muß, wenn Verpfändungen rechtlich unmöglich gemacht werden sollen, nach §. 118. des Hyp. Ges. das Verbot an das Hypothekenamt erlassen werden. Ist dieses blos ein provisorisches, so begründet es blos Vormerkung, und hindert also auch blose Vormerkungen der später zur Anmeldung kommenden Forderungen nicht, doch können diese auch nicht zur wirklichen Eintragung gelangen, wenn in der Folge der Konkurs wirklich erkannt wird.

Mehrere gleichzeitige Hypothek-Eintragungsbegehren, sie mögen auf einen gesezlichen oder konventionellen Rechtstitel sich gründen, muß das Hypothekenamt mit gleichem Recht berücksichtigen, es hat aber so wenig, als der Gläubiger, welcher die Eintragung sucht, sich um die Existenz anderer Gläubiger zu bekümmern, welche einen oder keinen Titel zur Eintragung besizen, und welche zur Zeit weder auf Zahlung, noch auf Sicherheit, noch auf ein Verbot angetragen haben. Jedem Gläubiger steht es frei, sein Darlehen oder die längere Stündung desselben durch Einräumung eines Titels zur Hypothek zu bedingen, jeder Gläubiger kann sich durch Einklagung und Immissions-Erwirkung selbst einen gesezlichen Titel zur Hypothek verschaffen, jeder Gläubiger kann in Folge der Einklagung, wenn Gefährde merklich wird, konservatorische Akte auswirken, durch welche der Güterstand vor weitern Ver-

---

Stepf, die Lehre vom Contradiktor nach gem. u. baierisch. Recht. 2. Aufl. §. 52.

pfändungen gesichert wird, aber kein Gläubiger kann an den Mitteln, das Seinige zu erlangen, gehindert oder beschränkt werden durch die blose Koexistenz anderer Ansprüche gegen den Schuldner, so lange eine rechtliche Unfähigkeit desselben nicht positiv erkennbar wird durch einen gerichtlichen Akt. Bis hierher fänden wir daher die ältere und neuere baierische Gesezgebung in vollkommener Einheit und Konsequenz. Nun steht aber zwischen beiden in der Mitte das Strafgesezbuch für das Königreich Baiern v. J. 1813, welches im Artikel 276. Th. I. bestimmt: „Wer bei bevorstehendem oder ausgebrochenem Konkurse, ohne für sich selbst einen Vortheil zu suchen, durch betrügliche Handlungen einzelne Gläubiger vor den andern begünstigt, wird als gemeiner Betrüger bestraft.“ Dieses Gesez scheint mit der nach dem Civilgeseze bis zur Verkündung eines gerichtlichen Verbots dauernden Giltigkeit der Hypothekbestellungen in Widerspruch zu stehen, denn das Strafgesezbuch bezeichnet einen frühern Zeitpunkt der Unzuläßigkeit von Vorzugs- oder Hypothekenbestellungen, als jenes, es stellt hiernächst auch ein anderes Merkmal ihrer Unzuläßigkeit auf, nämlich kein äußeres formelles (Interdiktion), sondern ein inneres materielles, (die Absicht zu bevortheilen.) Gleichwohl berechtigt auch das Strafgesezbuch nicht zur Verwerfung einer Hypothek blos wegen präsumirten Betrugs, und, wie sich später weiter ergeben wird, hindert es auch nicht das Civilgesez in seinen Wirkungen. Nach dem Strafgeseze könnte blos die Handlung strafbar sein, durch welche der Schuldner einem Gläubiger einen Vortheil mit dem Wissen und Willen, damit andern Gläubigern zu schaden, zuwendet. Nach ihm bliebe immer der Unterschied zwischen einer sorglosen oder im Drang der Umstände nicht genugsam in ihren Folgen berechneten Handlung und einem eigentlichen Trugspiele unverlezt, nach ihm könnte der Richter nicht auf blose Präsumtionen, sondern nur auf Beweis sein Urtheil bauen, nach ihm bliebe immer nur der wirkliche Betrug strafbar, welcher nach Art. 256. des Strafgesezbuches nicht nur

durch

durch die Absicht, sich selbst einen Vortheil zu verschaffen, sondern auch durch die blose Absicht, einen Andern in Schaden zu bringen, begangen wird. Da aber Betrug jede bürgerliche Handlung fehlerhaft macht, und auch das Hypothekengesez den guten Glauben in allen vor demselben vorgehenden Handlungen stillschweigend voraussezen muß, so läßt sich in dem Texte des Strafgesezbuches kein Widerspruch mit der Civilgesezgebung finden. — Nur muß man immer das Prinzip festhalten, daß die dem öffentlichen Rechte zuwider laufende Handlung nach ihrem wesentlichen Charakter: „Absicht, Jemand zu beschädigen, um einem Andern Vortheil davon zu verschaffen,“ vollständig bewiesen werden müsse, nur muß man nichts aus der civilistischen Praxis unterschieben, was in dieses System nicht paßt und auf das Strafgebiet sich nicht übertragen läßt, nur muß man nicht das sufficiunt indicia et conjecturae an die Stelle des erforderlichen Beweises des rechtswidrigen Vorsazes, wie ihn das Strafgesezbuch bedingt, sezen wollen. Man würde durch solche heterogene Vermischung selbst mit dem Unterschiede, welcher auf dem Strafgebiete zwischen fahrläßigem und betrüglichem Bankerote Statt findet, in Widerspruch gerathen, wenn man Handlungen, welche eben sowohl aus dem Mangel an Umsicht, als aus böser Absicht entspringen können, blos auf Indizien hin, zu Vergehen oder Verbrechen stempeln wollte; man würde durch eine willkürliche Konstruktion des Beweises selbst positive Rechte des Dritten verlezen, welcher eine Hypothek vom Schuldner erworben oder eine Zahlung erhalten hat, welche dieser gewährte, weil er das Recht seines Gläubigers nicht ableugnen konnte, — weil seine moralische und rechtliche Verbindlichkeit ihn selbst drängte, weil er vielleicht nur nachholte, was er, um gewissenhaft gegen seinen Darleiher zu handeln, schon längst hätte thun sollen, — oder weil er in einer Kollision von Pflichten unsichern Schrittes wankte.

Im vorliegendem Falle hatte der Richter sämmtliche kurz vor dem Konkurs-Ausbruche eingetragene Hypotheken

verworfen, indem er also argumentirte: „Der Gemeinschuldner war zu der Zeit als er sie bestellte, bereits überschuldet, denn die liquidirten Forderungen datiren sich fast alle aus früherer Zeit. Daß das Aktiv-Vermögen des Schuldners erst seit der Einräumung jener Hypotheken eine Verminderung erlitten, ist nicht aktenmäßig, daher mußte dem Schuldner schon damals bekannt sein, daß er seine Gläubiger zu bezahlen außer Stand sei, und so erscheint die Hypothek-Eintragung zum Betruge der Gläubiger geschehen."

Diese Art zu entscheiden scheint uns aber durchaus nicht in den Gesezen gegründet, weil statt des Beweises des Betrugs oder der Absicht, diesem und jenem Gläubiger einen Vortheil mit dem Schaden der übrigen zu verschaffen, blose Vermuthungen untergelegt sind. Hierzu ist aber der Richter nur dann berechtiget, wenn ihn Ausnahmsgeseze autorisiren, Vermuthungen die Kraft des Beweises beizulegen. Die Civilgeseze thun dies zuweilen, indem sie den Beweis von Handlungen, welche sie nicht begünstigen wollen, welche aber durch die in der Natur der Sache unzertrennlich liegenden Schwierigkeiten des Beweises begünstiget sein würden, durch Aufstellung gesezlicher Vermuthungen erleichtern. So wird z. B. der Betrug des Käufers bei Waarenkäufen auf Borg präsumirt, nach hamburgischen Statuten *), wenn sie erst 14 Tage vor kundgewordenem Falliment, nach sächsischem Rechte **), wenn sie innerhalb 2 Monaten zuvor von dem insolventen Schuldner gekauft, nach preußischem Konkursrechte ***), wenn sie erst innerhalb der 3 lezten Tage vor eröffnetem Konkurs abgeliefert wurden. So wird nach französischem Rechte †) der Betrug präsumirt, wenn eine Verpfändung

*) Hamburg's Fallitenordnung. Art. 24 u. 25.

**) Sächsisches Bankerotiv-Mandat. §. 20.

***) Allgemeine Gerichts-Ordnung für die preußischen Staaten. Th. 1. Tit. 50. §. 307 — 309. b.

†) Code civil. Art. 2146. Code de commerce Art. 443.

erst 10 Tage vor Ausbruch des Falliments vorgegangen ist; so wollte anfänglich der baierische Entwurf des Hypothekengesezes diese Vermuthung an einen 15 tägigen Zeitraum, von der Konkurs-Eröffnung zurückgerechnet, knüpfen, was aber bei der Redaktion des Gesezes aus Anlaß der von den Ständen dagegen erhobenen Erinnerungen unterblieb *).

Wo indessen das Gesez nicht solche Präsumtionen genehmigt, da ist es auch dem Richter nicht erlaubt, blos zu präsumiren, sondern er ist an die allgemeinen Regeln des Beweises gebunden, und dieses um so mehr, wenn die Handlung zugleich als eine strafbare durch den Beweis des Betrugs charakterisirt werden soll. Besonders gefährlich ist es, blos auf Vermuthungsgründe hin einer geschehenen Verpfändung, als einem blosen Verstärkungsmittel eines schon unbestritten vorhandenen Rechts, die Absicht eines widerrechtlichen Vortheils unterzulegen. Der Schuldner räumt die Unterpfänder in der Regel blos zur Beruhigung des Gläubigers ein, von welcher seine eigene Ruhe abhängt, und mit ihr die Möglichkeit, durch günstigen Gewerbsbetrieb sein Gleichgewicht zu behaupten. Die Unmöglichkeit, seine Schulden alle auf einmal zu bezahlen, ist nicht immer absolute Insolvenz. Die leztere wird oft durch Zufälle herbeigeführt, während sie durch Vertrauen

---

*) Der §. 73. hatte nämlich im Entwurf (s. Landtags-Verhandl. v. J. 1822. Beil. Bd. I. S. 60.) also gelautet:
„Wenn gegen den Besizer der Sache der Konkurs eröffnet „wird, so sind
„1) jene Hypotheken, welche in den lezten fünfzehn Tagen vor dem in erster Instanz ergangenen Urtheil auf „Eröffnung des Konkurses eingetragen wurden, als erloschen zu betrachten, desgleichen
„2) verlieren jene Vormerkungen einer Forderung, welche „zwar vor den eben bestimmten fünfzehn Tagen, jedoch erst „nach Vormerkung des gerichtlichen Verbots bewirkt wur„den, alle rechtliche Wirkungen.“

auf einer und durch thätigen Fleiß auf der andern Seite vermieden worden sein würde; sie entsteht aber auch oft gar nicht, wo sie (durch äußern Anstoß herbeigeführt) unvermeidlich vorhanden gewesen sein würde, — die stete Beweglichkeit in Gerwerben und Handel verbietet ein allzu skrupulöses Verfahren. Und gesezt auch, der Schuldner, welchen ein plözliches Mißtrauen seiner Gläubiger zu dem vor einigen Wochen noch nicht gefürchteten Extreme der Güterabtretung nöthiget, habe sich geirrt, habe die nur durch Abwartung der Umstände zu begründende Werths-Annahme seiner Besizungen überschäzt, und sähe durch die temporäre Unmöglichkeit solcher Verwerthung seinen unvermutheten Sturz nun vor Augen, gesezt, er habe trügerischen Hoffnungen sich überlassen, saepe enim homines plus de facultatibus suis sperant, quam in iis est *); so ist doch hiervon der Schluß auf einen Betrug noch nicht zu begründen, wenn man nicht auch den gesezlichen Unterschied zwischen fahrläßigem oder leichtsinnigem und betrügerischem Bankerote vernichten will.

Weder das baierische Hypothekengesez, noch die ältere Gesezgebung läßt eine Hypothekbestellung oder Eintragung auf den Grund eines muthmaßlichen Betrugs vernichten. Die hier einschlägige Stelle des Cod. jud. Kap. XIX. §. 19. N. 1 u. 2. lautet also: „Was 1) der Schuldner noch vor Anfang des Generalkonkurses oder vor erfolgtem obrigkeitlichen Verbot dem einen oder andern Gläubiger in particulari bezahlt oder sonst veräußert, kann nur von den älteren oder gleich privilegirten Creditoribus hypothecariis widerrufen werden, es sei denn, daß die veräußerte Sache weder in natura mehr vorhanden, noch gefährlich verwendet, oder bereits landesgebräuchliche Nuzung und Gewähr ersessen worden sei. Andere Gläubiger hingegen, welche kein gleiches oder älteres Unterpfand haben, können 2) dergleichen Partikularzahlungen oder

*) B. Schmid Comment. ad proc. summar. et edictal. Tit. 2. Art. 32. Nr. 10.

Veräußerungen nur auf den Fall widerrufen, wenn aus den Umständen erhellet, daß solche nicht redlich, sondern gefährlicher Weise zu ihrem Präjudiz und Schaden geschehen seien." — Hier statuirt nun der Cod. jud. zwar allerdings, daß der Beweis des Vorsazes zu beschädigen durch Indizien geführt werden könne, aber er statuirt dieses ausdrücklich nur zur Anfechtung von Partikularzahlungen und Veräußerungen, nicht von Verpfändungen.

Man würde irren, wenn man diese im Worte: „Veräußerungen" um deßwillen als inbegriffen vermuthen wollte, weil man unter Alienation im weitern Verstande auch solche Handlungen öfters begreift, durch welche das Eigenthum nur beschwert oder beschränkt wird, wie Kreittmayr in den Anmerk. über den Cod. civ. Max. Th. II. Kap. II. §. VI. Nr. 4. bemerkt, denn:

1) Gerade in dieser Materie waltet ein großer Unterschied in den Wirkungen und den rechtlichen Beziehungen zwischen Veräußerung der Vermögenstücke und zwischen deren Pfandunterstellung ob, ein Unterschied, welchen auch die neueren Gesezgebungen wohl beachtet haben, vergl. preuß. Proz. Ord. Th. 1. Tit. 50. §. 42 — 59.

2) Alle Geseze, welche die Freiheit beschränken, lassen nur den engern Wortverstand (interpr. stricta), nicht den weitern Sinn (interpr. lata) zu. Ueberhaupt gilt nur die wörtliche Auslegung und nicht die logische Ausdehnung eines Gesezes, wenn das Dasein des Grundes sich nicht historisch nachweisen läßt, und wenn sich dieser oder jener Grund nur durch eine Hypothese annehmen läßt, (L. 39. D. de leg. 1. 3. L. 12. L. 20. L. 21. eod.) Nun sind aber die römischen Gesez-Fragmente gerade über die Frage wegen Giltigkeit der Verpfändungen vor dem Konkurs so different, und so verschieden ausgelegt, daß man den einen wie den andern Grund annehmen kann, der des Cod. jud., welcher Verpfändungen nicht geradezu unter den Begriff der Veräußerungen zur Hintergehung der Gläubiger

stellt, hat aber die L. 6. §. 7. u. L. 13. D. 42. 8. für sich *).

3) Selbst Veräußerungen läßt der Cod. jud. Kap. XIX. §. 19. Nr. 3. nicht absolut widerrufen, wenn sie zum Schaden der Gläubiger gereichen, sondern nur dann ist der Erwerber die Sache unentgeldlich zurückzugeben schuldig, wenn er sie entweder titulo lucrativo erlangt, oder an der gegen die Gläubiger begangenen Gefährde Theil genommen hat. Unmöglich kann eine größere Strenge des Gesezes gegen Verpfändungen, als gegen Veräußerungen des Schuldners angenommen werden, man muß also daraus, daß der Cod. jud. nur von Veräußerungen und Zahlungen spricht, den Schluß ziehen, daß der Gesezgeber die Verpfändungen blos deßwegen nicht erwähnte, weil

---

*) Im Geist der römischen Geseze liegt es durchaus nicht, bei einer Verpfändung so leicht die Absicht einer Beschädigung der übrigen Gläubiger zu vermuthen. Richtig ist es, was Dabelow a. a. O. S. 431. sagt: „Da der Schuldner vor geschehener immissio oder cessio uneingeschränkter Herr seines Vermögens ist, und einem Gläubiger, sobald er sich nur keiner Gratifikation schuldig macht, giltig Zahlung leisten kann, so läßt sich auch kein Grund denken, warum er nicht eben so gut einem seiner Gläubiger ein Pfandrecht sollte zugestehen können, wenn auch diese Konzession zu einer Zeit geschieht, da bereits ein Schuldenwesen bevorsteht. Die L. 22. D. quae in fraudem cred. welche Ulpian bei seiner Entscheidung in L. 10. §. 13. ej. tit. (42. 8.) vor Augen hatte, läßt die Absicht deutlich erkennen, daß eine Verpfändung, wie eine Zahlung an einen Gläubiger, nur dann der praesumtio fraudis ohne speziellen Beweis unterliegen konnte, wenn sie per modum gratificationis geschah, d. i. wenn der Schuldner unter mehreren gleichzeitig auf Unterpfand angedrungenen Gläubigern einen zurücksezte, und dem andern den Vortheil verschaffte. Und auch dann könnte die Handlung nicht von sämmtlichen, sondern nur von den zurückgesezten Gläubigern angefochten werden." (Dr. Reinhardt, die Lehre vom Gantp. S. 375.)

er auf sie seine Bestimmung nicht anwendbar fand. Und allerdings befindet sich der Gläubiger, welcher zur Sicherung seiner Forderung eine Hypothek annimmt, weder in dem einen noch in dem andern Fall, in welchem das Gesez eine Reszission der Veräußerung statuirt. Er erwirbt nicht titulo lucrativo, denn er empfängt nur für etwas von ihm Gegebenes ein Aequivalent, und in der Natur der Handlung an sich liegt kein anderer Zweck, folglich auch keine andere Absicht, als das Seinige sicher zu erlangen *), wobei er sich darum zu bekümmern nicht schuldig ist, ob und wie der Schuldner seine übrigen Gläubiger werde befriedigen können, wobei er also unmöglich in Betrug oder Hinterlist fallen kann. L. 6. §. 6. D. quae in fraudem cred. (42. 8.) Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est, eum, qui, quod sibi debetur, receperat, und §. 7. eod. Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recipiat, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum, sibi enim vigilavit.

4) Daß der Gesezgeber unter dem Wort: „Veräußerung" nicht auch Verpfändungen verstanden

---

*) Nach diesen Grundsäzen wurde in der h'—schen Gantsache durch drei Instanzen erkannt, daß der nicht titulo lucrativo erwerbende Gläubiger die empfangene Sache nicht anders als gegen Wiedererstattung des Werths herauszugeben schuldig sei. A. hatte kurz vor dem Konkurs-Ausbruch des H. Grundstücke von diesem erkauft, und den Kaufpreis durch Kompensation einer nicht privilegirten Forderung getilgt, für welche er bei der Lokation in der Konkursmasse keinen Kreuzer bekommen haben würde. Ohne Rücksicht darauf, daß zur Zeit dieses Veräußerungs-Akts schon das ganze Uebergewicht der Schuldenmasse vorhanden war, wurde doch den Gläubigern die Revokation nicht anders als gegen baare Werths-Erstattung an den Gläubiger, welcher nur titulo oneroso empfangen hatte, zugelassen.

habe, erhellt auch daraus, daß er in der Nr. 4. diese ausdrücklich von jener distinguirt: denn in Ansehung der nach dem gerichtlichen Verbot vorgenommenen Handlungen bezeichnet er neben den Veräußerungen auch die Verpfändungen ausdrücklich als verboten, in den Worten: „Was aber der Schuldner gegen obrigkeitliches Verbot noch „bezahlt, veräußert, verschreibt, verpfändet rc. ist „von gar keiner Kraft.“ Damit ist deutlich genug dargethan, daß der Gesezgeber nicht Veräußerung für identisch mit Verpfändung nahm; denn sonst würde er in beiden Gesezstellen nur die allgemeine Bezeichnung: „Veräußerung“ gebraucht, und würde nicht in der zweiten Stelle oder in seinem ausgedehnteren Verbote jede Handlung durch ihre besondere eigenthümliche Bezeichnung von den andern unterschieden haben.

5) Die höchste Evidenz geht aber dafür, daß der Cod. jud. unter Veräußerung nicht auch Verpfändung verstanden habe, aus der Betrachtung hervor, daß die ganze Stelle, wenn man auch Verpfändungen darunter begreifen wollte, ihren Sinn verlieren würde. Das Widerrufsrecht wird nämlich in der allegirten Gesezesstelle Nr. 1 u. 2. nur den älteren oder gleichprivilegirten Hypothek-Gläubigern eingeräumt; diesen konnte nun zwar durch Zahlung oder Veräußerung an Andere Schaden widerfahren, unmöglich aber durch Verpfändungen, quia prior tempore potior jure; daher räumt das Gesez ausdrücklich das Recht des Widerrufs nur gegen Zahlungen oder Veräußerungen, aber nicht gegen die, den schon bestehenden Hypothek-Gläubigern ganz unschädlichen, Verpfändungen ein.

Nachdem wir uns nun überzeugt haben, daß in der ältern baierischen Civilgesezgebung kein Anhaltpunkt zu finden sei, welcher den Richter berechtigen könnte, eine zur Zeit materieller Ueberschuldung konstituirte Hypothek wegen bloser Vermuthung eines Betrugs zu annulliren, so wenden wir uns wieder zu der neuesten Gesezgebung, nämlich zu dem Hypothekengesez für das Königreich Baiern vom

1. Juni 1822. Unstreitig hat dasselbe bedeutenden Einfluß in dieser Materie. In dem Prinzip der Oeffentlichkeit und der Spezialität der Hypotheken liegen Wirkungen, welche die Bestimmungen des paulianischen Edikts und des obenangeführten Cod. jud. Kap. XIX. §. 19. unnüz und bedeutungslos machen, z. B. wenn es dort heißt: „Partikularzahlungen oder Veräußerungen können nur von älteren oder gleichprivilegirten Gläubigern widerrufen werden," so hat dies nun, da es keine Generalhypotheken mehr gibt, und das Recht der ältern oder gleichen Spezialhypothek nicht durch den Verkauf an einen andern Spezialhypothekanten oder durch irgend eine einseitige Handlung des Schuldners erlöschen kann, keinen Sinn mehr. Wenn es ferner dort heißt: „Andere Gläubiger, welche kein gleiches oder älteres Unterpfand haben, können dergleichen Partikularzahlungen oder Veräußerungen nur auf den Fall widerrufen, wenn aus den Umständen erhellt, daß solche nicht redlich, sondern gefährlicher Weise zu ihrem Präjudiz und Schaden geschehen seien," — so kann diese Stelle wenigstens nicht wörtlich mehr gelten; denn noch ist es — weil es im Konkurs eine Klassenordnung gibt — zwar möglich, daß ein Schuldner vor dem Ausbruch der Gant einem privilegirten Gläubiger unter irgend einem Titel mehr zuwendet, als rechtlich und nöthig, z. B. wenn er jenem ein den Betrag der Schuld weit übersteigendes Faustpfand statt der Forderung an Zahlungstatt überlassen hat, wodurch natürlich die minder privilegirten Gläubiger beschädigt werden, diesen kann dann, wenn sie eine Gefährde nachweisen, allerdings noch das Widerrufsrecht gegen die, in der Absicht ihnen zu schaden, gemachten Zuwendungen zu Statten kommen. Aber gar kein Grund ist mehr vorhanden, den jüngeren Hypothek-Gläubigern oder, wie sich das Gesez ausdrückt, denen, welche kein gleiches oder älteres Unterpfand haben, ein besonderes Widerrufsrecht gesezlich zu begründen; denn ihre Spezialhypothek kann ja ohne ihre Zustimmung und mit Uebergehung ihres Löschungsrechts nicht veräußert werden, und über jene hinaus erstreckt sich

nicht mehr, wie sonst der Fall bei den Generalhypotheken war, das Pfandrecht.

Der einzige Fall, für welchen sich aus den römischen Gesezen nach ihrer strengsten Auslegung eine Rechtsvermuthung, welche den besondern Beweis der betrüglich geschehenen Verpfändung überflüßig machen könnte, ableiten läßt, nämlich der Fall einer Gratifikation, ist nach dem neuen Hypothekengesez nicht mehr gedenkbar. Denn Jedermann weiß, daß nicht mehr der Schuldner, sondern nur das Amt Hypotheken konstituiren kann, daß er sich nur an das Amt zu wenden hat, um Hypothek-Erzeugungen durch Protestation zu verhindern, oder für sich eine Hypothek zu erlangen.

In dem Charakter der Oeffentlichkeit des Hypothekenwesens liegt es aber auch ganz wesentlich, daß in Beziehung auf die Funktionen des Hypothekenamts kein Grund des Einspruches zur Schwächung ihrer rechtlichen Giltigkeit aufgebracht werden kann, welcher selbst nicht zur Oeffentlichkeit vor dem Hypothekenamte erhoben worden ist. Zwar besteht das Civilrecht ungehindert fort, und jedes Geschäft, welches ihm angehört, muß in so weit fortwährend nach ihm beurtheilt werden, als nicht die Wirkungen des Civilgesezes mit dem Hypothekengeseze und dessen Zwecken in Kollision treten (Gönner im Kommentar S. 279. Th. I.), aber so weit das Geschäft mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht, wird es auch ganz vom Hypothekengesez regiert. Der Hypothekenvertrag ist seiner Natur nach ein accessorischer, und sezt daher die rechtliche Giltigkeit des Hauptgeschäfts voraus, welche nach keinen andern, als den Civilgesezen zu beurtheilen sein kann. Es ist aber auch im Hypothekengeseze dafür gesorgt, daß nur ein vom Verpflichteten öffentlich vor Amt anerkanntes Geschäft in das Hypothekenbuch eingetragen werden könne. Was nun die Erwerbung der Hypothek selbst anbelangt, so kann deren Rechtsgiltigkeit aus keinem andern als dem Hypothekengeseze entschieden werden. Wie dasjenige rechtsbeständig zu erzeugen sei, was den alleinigen Gegenstand und Zweck

dieses Gesezes ausmacht, das muß doch nothwendig in ihm bestimmt sein. Oder könnte man sich z. B. ein Strafgesezbuch als möglich denken, welches nicht genau bezeichnete, wodurch man in Strafe verfällt, oder eine Ehescheidungordnung, welche nicht sagte, was zur Ehescheidung erfordert wird, oder ein Hypothekengesez, welches nicht bestimmte, was zur Erwerbung eines Hypothekenrechtes erforderlich ist? Der §. 9 — 16 u. 21. enthalten die gesezlichen Erfordernisse zum Hypothek-Erwerbe, und wo diese verwirklichet gefunden werden, kann daher kein Richter die Hypothek für ungiltig erkennen. —

Daß die — nicht ausgedrückte — Absicht des Bestellers einer Hypothek, seine übrigen Gläubiger zu bevortheilen, weder als Hinderungs- noch als Reszissions-Grund des Hypothek-Geschäftes vom Geseze erklärt ist, hat in dem öffentlichen Charakter des Hypotheken-Instituts seinen wesentlichen Grund. Animus in mente retentus nil operatur, und für das Hypothekenamt gilt Nichts, als was auf öffentlichem Weg an dasselbe gelangt. Ist die Einwilligung des Schuldners in die Eintragung einer Hypothek festgestellt, so läßt der §. 16. des Hyp. Ges. hinterher keine Anfechtung mehr darüber zu, ob ein Rechtstitel dazu vorhanden gewesen sei. Was das Hypothekenamt gewährt, verleiht es mit öffentlicher Autorität, davon ist aber auch seine gegenseitige Forderung unzertrennlich, daß Niemand An- und Einsprüche machen könne, welche nicht auf einen gleich öffentlichen Akt gegründet sind. Wer bei dem Hypothekenamte ein Recht in dessen Bereich erlangt hat, hat sich daher nie um Prohibitiv- oder Beschränkungsrechte zu kümmern, welche nicht öffentlich bestehen, d. i. nicht bei dem Hypothekenamte vorgemerkt oder eingetragen sind.

Sei ein entgegenstehendes Recht eines Dritten auch noch so unzweifelhaft im Civilgesez begründet, nie kann es doch die hypothekenamtlichen Handlungen zu hindern oder zu reszindiren Kraft haben, es kann nicht in das Gebiet der Realrechte störend eingreifen, sondern bleibt in die

Sphäre des Personenrechts zurückgewiesen. So gilt z. B. die für mich auf ein grundbares Gut eingetragene Hypothek auch bei mangelndem Konsense des Grundherrn, wofern sein Beschränkungsrecht gegen den Grundholden nicht im Hypothekenbuche eingetragen ist, — sie gilt ferner ungehindert der nach dem Civilgesez zum solidarischen Miteigenthume berechtigten, in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau, wenn sie ihr Miteigenthum nicht in das Hypothekenbuch hatte eintragen lassen; — so zahlt umgewandt der Hypothekschuldner mit Sicherheit dem eingetragenen Gläubiger, wenn gleich ein Dritter das civilrechtliche Eigenthum oder Klagrecht durch eine Cession erworben hat, welche er aber nicht in das öffentliche Hypothekenbuch eintragen ließ. Wenn also selbst die positivsten unstreitigsten Einsprüche ohne den Charakter der Oeffentlichkeit weder einen verhindernden noch einen vernichtenden Einfluß auf die Hypothekengeschäfte haben, wie könnte man dem zweifelhaftesten aller Einsprüche, nämlich dem Einspruch der Mitgläubiger, daß der Schuldner keinem Gläubiger sein Recht mehr oder minder verstärke, wenn er es nicht allen gleichmäßig verstärken kann, wie könnte man, sagen wir, einem solchen unsichtbaren Einspruch eine ausgedehntere Wirkung beizulegen geneigt sein? Nein — solche Inkonsequenz begehet das Hypothekengesez nicht. Auch für den Moment, wo der Schuldner nicht mehr willkürlich über das, was das Hypothekenbuch als sein eigen deklarirt, disponiren kann, ohne gesezliche Verbindlichkeiten zu verlezen, verlangt das Hypothekengesez ein öffentliches Kriterium, und daß dieses dem Hypothekenamt speziell kund gethan werde.

Das Gesez bestimmt den Zeitpunkt, wann eine Hypothek wegen Verspätung nicht mehr eingetragen werden kann, genau auf den Zeitpunkt des Eintritts und der Bekanntmachung des civilrichterlichen Verbots an das Hypothekenamt, und sanktionirt also damit alle vor diesem Zeitpunkte geschehenen Eintragungen.

„Will" — sagt der Kommentar Bd. I. S. 557 —

„das Gesez noch außer diesen allgemeinen Bestimmungen besondere Verhältnisse, oder Fälle mit der Wirkung auszeichnen, daß nach deren Eintritt keine Eintragung mehr Statt finden soll, so steht dies mit dem §. 21. in Verbindung, wo von Erwerbung der Hypothek durch die Eintragung die Rede, also auch die Frage zu entscheiden ist, in welchen Fällen eine Hypothek, zu welcher der Rechtstitel vorhanden ist, nicht mehr erworben werden könne.“ Allein, nirgends gibt das Hypothekengesez weitere Fälle solcher Art an, nirgends macht es Ausnahmen von seiner Regel. Es gibt blos für die Fälle, wo der Schuldner durch Hypothek-Einräumung an einen Gläubiger den Mitgläubigern zum Schaden handeln könnte, die Mittel an, wodurch diesem, auf dem für das Hypothekenamt allein gangbaren Weg der Oeffentlichkeit, vorzubeugen sei. Es steht jedem Gläubiger, der seinen dem Schuldner bewilligten Kredit an die Bedingung knüpfen will, daß dieser sein Vermögen nicht andern Gläubigern vorzugsweise obligire, frei, den Vertrag, keine Hypothek konstituiren zu wollen, dem Hypothekenamt zur Kenntniß zu bringen; (§. 44. d. Hyp. Ges.) es steht den Gläubigern, welche an der Zahlungsfähigkeit ihres Schuldners zweifeln, oder von seiner fortdauernden Dispositionsfreiheit Nachtheile befürchten, frei, ein provisorisches Verbot an das Hypothekenamt auszuwirken.

(Komment. zu §. 118. d. Hyp. Ges. Bd. II. S. 121.) Aber ohne ein solches äußeres Zeichen der beschränkten Dispositionsfähigkeit existirt auch keine rechtliche Beschränkung, weder für den, welcher vom Schuldner eine Hypothek erwerben will, noch für das öffentliche Amt, welches zur Erzeugung der Hypotheken berufen ist. Wer das Gegentheil behaupten wollte, würde bald einsehen müssen, daß er dadurch das Hypothekengesez in grobe Widersprüche mit sich selbst zu versezen genöthiget wäre.

Z. B. 1) Kein gesezlicher Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek hat mehr, wie sonst die pignora qualificata, vor den konventionellen Rechtstiteln Vorzug, sondern beide stehen sich, an sich betrachtet, völlig gleich, und in der

Konkurrenz entscheidet nur die Zeit der Anmeldung über ihren Vorrang. Nun muß das Hypothekenamt Jedem, welcher einen gesezlichen Titel hat, z. B. wem unmittelbar vor dem Konkurs-Ausbruch die Immission auf den Grund eines Urtheils zuerkannt worden ist, die Eintragung gewähren, ohne daß der Anmeldende oder das Hypothekenamt sich darum zu bekümmern hätte, ob sein Schuldner auch alle seine übrigen Gläubiger bezahlen könne oder nicht. Ohne Inkonsequenz kann also der Gläubiger mit konventionellem Pfandrechtstitel eben so wenig, als jener mit gesezlichem Titel an eine beschränkende Rücksicht auf die Verhältnisse des Schuldners zu seinen übrigen Gläubigern gebunden werden; es wäre ihre und nicht seine Sache, solche Verhältnisse zur Offenkundigkeit und zur Wirksamkeit auf die Sphäre des Hypothekenwesens zu erheben.

2) Der positive Glaube, welcher allen Handlungen des Hypothekenamts nothwendig anklebt, vertrug sich durchaus nicht damit, ihn von Umständen abhängig zu machen, welche bei Errichtung der Handlung nicht äußerlich erkennbar, vielmehr auf das Schwierigste auszumittteln sind. Ohne den Kredit der Staatsbürger schwer zu verwunden, konnte es weder den Gläubigern noch dem Amte eine solche Ausmittelung und Ueberzeugung zur Nothwendigkeit machen, es konnte nicht um ihrentwillen, z. B. die Konstituirung eines Unterpfands für ein vetus creditum, an strengere Bedingungen binden, denn wie oft würde dann der Gläubiger genöthiget sein, seinen Schuldner durch Andringen auf Zahlung zu stürzen, während er durch Nachsicht sich noch lange erhalten und neue Kräfte sammeln könnte! Und was wäre denn eigentlich mit der Anordnung einer solchen inquisitio in vires et facultates erreicht gewesen? Der Schuldner würde z. B. bei einem andern Kapitalisten die Summe zu erhalten wissen, welche die Abzahlung des vetus creditum erfordert hätte, und dieselbe Hypothek stünde nur unter einem andern Namen da. Oder der alte Gläubiger könnte nach erlangter Eintragung seiner Forderung in das Hypothekenbuch diese an einen Dritten

cediren, welcher auf keinen Fall die paulianische Klage, weil sie nur eine persönliche ist, zu scheuen gehabt hätte.

3) Es ist schon oben aus dem Hypothekengeseze bewiesen worden, daß derjenige, welcher sich eine Hypothek erwerben will, nie verbunden ist, sich um die Rechtsverhältnisse seines Schuldners zu andern Personen zu bekümmern, z. B. ob die Ehefrau, die Kinder, die Pupillen, ein Miteigenthümer und Gesellschafter und dgl. darunter leiden könnten; er geht vor im Konkurs, wenn auch jene das Ihrige ganz verlören. Daß es daher ein unverzeihlicher Widerspruch im Geseze wäre, dem Gläubiger, welcher seine rechtmäßige Forderung durch Unterpfand deckt, eine Rücksicht auf andere Personalgläubiger, welche er nach ihrem Umfang gar nicht und selbst einzeln weit weniger kennen kann, als jene aus öffentlichen Verhältnissen hervorgegangene Gläubiger, zur Bedingung seines Hypothek-Erwerbes zu machen, fällt in die Augen. Noch auffallender wäre aber der Widerspruch im Geseze, wenn wir in §. 74. sehen, daß selbst der bestrittene und im Hypothekenbuche blos vorgemerkte Gläubiger, — welcher doch durch die Vormerkung noch kein effektives, sondern nur ein eventuelles Hypothekenrecht erhält, auch bei veroffenbarter Unzulänglichkeit des Vermögens, nämlich bei inzwischen ausgebrochenem Konkurs, dennoch das Recht der Hypothek erlangt, obgleich es nun blos zum Nachtheil der sämmtlich schon zur Zeit der Vormerkung vorhanden gewesenen Personalgläubiger ausgeübt werden kann. Wie kann man aber der wirklichen Eintragung vor dem Konkurse weniger Recht zugestehen wollen, als man selbst der blosen Vormerkung einräumen muß, wenn gleich erst im Konkursverfahren das Recht auf die Hypothek dargethan wird? Ganz konseqent sagt im Gegentheil der Kommentar Bd. I. S. 559: „Jede vor dem gerichtlichen Verbot geschehene Vormerkung oder Eintragung bleibt giltig, weil jenes nicht schon erworbene Rechte entziehen kann.“

Demnach läßt der Geist und der Buchstabe des Hypothekengesezes keinen Zweifel darüber zu, daß das Recht

eines jeden Gläubigers, sich durch die Einräumung von Seite des eingetragenen Eigenthümers eine Hypothek zu erwerben, anders nicht, als durch eine eben so öffentlich eingelegte Protestation beschränkt oder verhindert werden könne. Ganz übereinstimmend hiermit ist auch die preußische Gesezgebung, welcher das unsterbliche Verdienst gebührt, zuerst in Teutschland das Hypothekenwesen auf solide Grundlagen gebaut zu haben, und welche als Muster dem baierischen Hypothekengeseze vorangeleuchtet hat. Auch die preußische Gesezgebung fand die paulianischen Fragmente gleich unpassend in ihr System eines öffentlichen Hypothekenwesens, und ließ daher ganz weislich nach Proz. Ordn. Tit. 50. §. 42 u. 45. relativ §. 35. alle vor der Konkurseröffnung geschehenen Verpfändungen bestehen, wenn auch damals eine wirkliche Unzulänglichkeit des Vermögens schon vorhanden gewesen wäre. Aber — wird man uns auf dem Gebiete der baierischen Gesezgebung entgegnen, — wie soll nun mit dem Hypothekengeseze das Strafgesez in Verbindung gebracht werden, welches Hypothek-Bestellungen auch vor dem civilrechtlichen Verbote, unter gewissen Umständen verpönt, welches aus Gründen des öffentlichen Rechts Handlungen verbietet, welche auf dem privatrechtlichen Standpunkte unverhindert sind? Niemand wird zweifeln, daß das öffentliche Recht dem Privatrechte vorgehe, Niemand wird behaupten, daß durch das leztere das erstere aufgehoben werde; aber beide Geseze widerstreiten sich auch nicht geradezu, beide können, jedes in seiner Sphäre, neben einander vollzogen worden. Ein Widerstreit derselben wäre nur dann möglich, wenn die Verpönung einer Handlung, wenn insonderheit ein strafbarer Betrug, immer und nothwendig, das Rechtsgeschäft, bei welchem er vorfiel, vernichten würde. Dies ist aber der Fall nicht, und kann es nicht sein, weil die Strafe des Betrugs nie einen Andern, als den Betrüger treffen darf.

Der Schuldner, welcher seinem unstreitigen Gläubiger A. eine Hypothek in der Absicht, andere Gläubiger B. und C. zu verkürzen, einräumt, betrügt nicht jenen, sondern

diese; wenn aber Jemand den Betrug zum Besten eines Dritten (A) anwendet, so kann dieser, des Betrugs ungeachtet, sein Recht verfolgen (L. 4. §. 20. D. de doli mali exc. 44. 4. L. 7. pr. D. de dolo malo 4. 3. Schweppe, d. röm. Privatr. §. 999.), die actio doli geht auch nicht gegen den Dritten, in dessen Hände die Sache aus den Händen des Betrügers gekommen ist; L. 10. C. de resc. emt. vend. (4. 44.) Der Eigenthümer einer verkauften fremden oder gestohlenen Sache kann, wenn der Käufer sie usukapirt hat, diese nicht vom Käufer vindiziren, der Kaufmann, welcher eine vom Gemeinschuldner auf betrügerische Weise an sich gebrachte Waare redlich gekauft hat, kann nach dem Grundsaz der alten Hansa: „Hand muß Hand wahren" nicht vom Betrogenen angegriffen werden. Wenn mein Mandatar, welchem ich einen Schmuck zu dem Zwecke anvertraut habe, um darauf ein Vorlehen aufzunehmen, die dagegen empfangene Darlehensumme, anstatt sie mir zu überliefern, in der Nacht verspielt hat, so bleibt der Darleiher nichts desto minder mein Gläubiger, wenn gleich der von meinem Mandatar gegen mich gespielte Betrug strafbar bleibt, so wie das Kaufgeschäft für den Käufer zu Recht bestehen bleibt, welches mein zu demselben und zur Erhebung des Kaufschillings Bevollmächtigter in meinem Namen abgeschlossen, wenn er gleich den Kaufpreis mir nicht überbracht hat. Insonderheit ist in L. 9. und L. 6. §. 8. D. quae in fraudem credit. (42. 8.) deutlich ausgesprochen, daß ein Verkauf oder eine Zahlung, welche der Gemeinschuldner zum Betrug seiner Gläubiger vorgenommen hat, nicht dieserhalb schlechterdings unwirksam gemacht werden könne, sondern nur in so fern der Empfänger oder Käufer den Betrug wußte.

Die Vereinigung des Hypothekengesezes mit dem Strafgeseze wird daher keine Schwierigkeit finden. Da das Hypothekengesez jede Hypothek giltig bestellen läßt, gegen welche ein rechtliches Hinderniß nicht dem Hypothekenamt aktenmäßig erkennbar gemacht ist, so kann auch eine Hypothek, welche zum Betruge der Gläubiger ertheilt worden

ist, nicht annullirt werden; denn wenn ein Geschäft alle gesezlichen Eigenschaften besizt, so wird es auch dadurch nicht ungiltig, daß Umstände eintreten, unter welchen die Eingehung nicht Statt gefunden hätte; L. 85. §. 1. D. de reg. jur. (50. 17.) L. 140. §. 2. D. de. verb oblig. (45. 1.).

Jede nach den Vorschriften des Hypothekengesezes konstituirte Hypothek muß also im Konkurse als solche lozirt werden, vorbehaltlich der Strafe gegen den Schuldner, wenn er sich dabei eines Betruges schuldig gemacht hat, und des Entschädigungs-Anspruches des Betrogenen gegen denselben, und allenfalls gegen den Gläubiger selbst, welcher die Hypothek empfangen hat, wenn gegen diesen, was wohl nicht leicht der Fall sein dürfte, durch die Untersuchung die Theilnahme am Betruge oder an der Absicht zu beschädigen bewiesen worden ist. (Anmerk. zum Strafgesezbuch Th. I. Art. 276 — 279. Bd. II. S. 282. *).

*) Diese erklären schon das Mitwissen des Gläubigers an der Absicht des Schuldners für hinlänglich, um ihn als Mitschuldigen zu bestrafen. —

VIII.

Beitrag zu der Lehre vom Erbrechte.

Von

Dr. C. Feust zu Bamberg.

Am 26. Mai 1793 schloß die Bauers-Witwe Anna T. zu X., bei ihrer Wiederverheirathung mit dem ledigen Bauersmann Johann B..., einen gerichtlichen Ehevertrag ab, zufolge dessen sie mit ihrem zweiten Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft einging. Ihre drei minderjährigen Kinder aus erster Ehe wurden hierbei vereinkindschaftet, ein Voraus wurde für dieselben jedoch nicht bestellt.

Im Laufe des Jahres 1818 verstarb Anna T., nachdem sie ihrem zweiten Ehemanne ebenfalls drei Kinder geboren hatte. Mit dem Tode derselben erreichte die allgemeine Gütergemeinschaft und Vereinkindschaftung der ersthelichen Kinder, nach dem zu X. geltenden bamberger Landrechte*), ihr Ende, und es trat der Theilungsfall ein.

*) Th. II. Kap. 4. Tit. 2. §. 1. „Selbigen Augenblick, als der Ehegatt erster Ehe verstorben, und nebst denen aus solcher erzeugten Kinderen (es seyen gleich zweit-Eheliche vorhanden, oder nicht) den Stief-Vatter oder Stief-Mutter hinterlassen hat, höret zwischen diesen und ihren Stiefkinderen, sie seyen groß- oder minderjährig, die vorige Vereinkindschaft auf; und seynd Stief-Eltern und Stief-Kinderen ihre Portiones an gemeinschaftlichen Vermögen ipso Jure, das ist sogleich und ohne weitere Erklärung zugefallen."

Die Interessenten hierbei waren:

1) der überlebende Witwer,

2) dessen drei Stiefkinder,

3) die drei rechtehelichen Kinder desselben,

so daß, der Bestimmung des genannten Partikularrechtes gemäß, das vorhandene Gesammtvermögen der Johann v. . . schen Eheleute in sieben gleiche Theile zu distribuiren war *).

Unter den drei Stiefkindern des Witwers J. V. befand sich auch Michael T., welcher im Jahre 1812 als Soldat dem vaterländischen Heere nach Rußland gefolgt war, und, gleich vielen Andern seiner Waffengefährten, seitdem vermißt wurde, indem über dessen Leben oder Tod keine sichere Kunde zu erlangen war.

Es wurde deßhalb für ihn von dem Theilungsrichter ein Kurator aufgestellt, und durch denselben wurden die seinem Kuranden angefallenen Erbportionen, unter Aufsicht der Obervormundschaft, bis zum Jahre 1829 verwaltet.

In diesem Jahre gelang es den Bemühungen der leiblichen Geschwister des Abwesenden, zwei Zeugen ausfindig zu machen, welche eidlich erhärteten, daß Michael T. bereits im Anfange Dezembers 1812, auf dem Rückzuge aus Rußland, seinen Tod gefunden hätte.

Das Gericht erließ nun die Todes-Erklärung des Michael T., und lud hierauf dessen allenfallsige Leibeserben, sowie überhaupt jene, welche Ansprüche auf den Nachlaß desselben zu machen hätten, vor, um innerhalb eines bestimmten Termines diese ihre Ansprüche, unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses, anzumelden und nachzuweisen.

Der Anmeldungs-Termin verstrich, ohne daß sich Deszendenten gemeldet hätten, und nur der Stiefvater des Michael T., dessen zwei vollbürtige, dann seine drei Stiefgeschwister traten als Erben auf.

Unter diesen Prätendenten erhob sich jedoch ein Streit,

*) Man vergl. Bd. I. S. 23. dieser Sammlung.

indem die vollbürtigen Geschwister den Nachlaß aus dem Grunde sich allein zueignen zu dürfen glaubten, weil das Gesez sie in der II., Halbgeschwister aber in der III. Klasse der Intestaterben zur Succession berufe, dem Stiefvater des Erblassers aber ein Intestaterbrecht gar nicht zukomme; dagegen wollten die übrigen Interessenten die Masse in sechs gleiche Theile vertheilt wissen.

Es kam deßhalb, da eine gütliche Vereinigung nicht zu erzielen war, zum richterlichen Ausspruche.

Der Richter erkannte Jedem der vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister sowohl, als auch dem Stiefvater ein Sechstheil des für Michael T. administrirten Vermögens zu, — eine Entscheidung, welche offenbar der Sache ganz angemessen war, wie sich leicht zeigen läßt.

Wäre später nicht erwiesen worden, daß Michael T. bereits im Jahre 1812 verstorben, sondern dessen Todes-Erklärung erst nach Verlauf desjenigen Zeitraumes, wo gesezlich die Vermuthung des Todes der Verschollenen eintritt, erfolgt; so hätte es keinem Zweifel unterliegen können, daß dessen noch am Leben befindliche vollbürtige Geschwister ihn ausschließend beerbt haben würden, — weil alsdann einerseits die Vermuthung dafür bestanden wäre, daß Michael T. den Tod seiner Mutter erlebt habe, andrerseits aber erst durch das Dekret auf Todes-Erklärung der Anfall seiner Erbschaft bewirkt worden wäre, und der Zeitpunkt derselben auch über die Personen, welchen sie angefallen, hätte entscheiden müssen*).

Allein ganz anders verhält sich die Sache hier. Es ist ermittelt, daß der Abwesende schon am Ende des Jahres 1812 nicht mehr am Leben war.

Michael T. hatte, als er seine Heimath im J. 1812 verließ, noch kein eigenes Vermögen, indem er, wie schon erwähnt, ohne Bestellung eines Voraußes, in die zweite Ehe seiner Mutter vereinkindschaftet worden war.

*) Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht. (3. Ausg. Göttingen 1829) §. 327.

Durch den Todesfall seiner Mutter und die in dessen Folge eingetretene Grundtheilung hätte er wohl Vermögen erwerben können, aber nur alsdann, wenn er deren Tod erlebt hätte. Denn zu den unerläßlichen Bedingungen der Adquisition der Erbfolge, selbst von Seite eines Suus, gehört es, daß der Erbe den Anfall noch erlebt *), und Gleiches gilt bei Erb-Grundtheilungen in der Art, daß der Theilungs-Interessent bei dem Eintritte des Theilungsfalles noch am Leben sein muß **).

Michael T. starb jedoch 6 Jahre vor seiner Mutter und dem Eintritte des Theilungsfalles; er konnte sie also unmöglich beerben und einen Erbtheil aus der Theilungsmasse erwerben.

Von der Eröffnung der Succession in dessen Nachlaß vermag mithin die Sprache nicht zu sein, weil er Vermögen nicht hinterlassen hat.

Wenn auch bei der im J. 1818 gepflogenen Theilung eine Erbportion für ihn regulirt wurde; so geschah solches lediglich deßhalb, weil damals die Vermuthung dafür stritt, daß er noch am Leben sei, indem dessen Tod nicht konstatirt, auch der zur Todes-Erklärung erforderliche Zeitraum noch nicht verflossen war. Diese Vermuthung ist

---

*) §. 2. J. quib. mod. test. infirm. (2. 17.)

**) Bamb. LR. Th. II. Kap. 1. Tit. 4. §. II. III.

„In sobalden, als Eltern und Kinder durch beederseitige Einverständniß die Theilung beliebt, oder der Richter Rechts-kräftig darauf erkannt hat, ist selbe von solchen Augenblick an vorhanden, verfallen, und verwürkt, folglich so Eltern als Kindern ihre Portiones zugefallen. — Ausser deme aber, und wann schon sich der Todesfall so gar zu jener Zeit ereignete, wo Eltern und Kinder bereits in Unterhandlungen wegen der Theilung oder Vereinkindschaftung begriffen, und gedachte Theilung hernach wirklich beliebt oder gerichtlich erkannt wurde; hat auf das inzwischen abgelebte Kind keine besondere Erb-Portion Plaz, welche von ihm mit und ohne letzten Willen vererbt werden könnte."

gegenwärtig durch Gewißheit beseitigt; es fällt also der für ihn ausgesezte Erbtheil in die Theilungsmasse zurück und distribuirt sich, wie jeder andere Bestandtheil derselben, gleichheitlich unter die außer ihm noch vorhandenen sechs Interessenten.

Die Geseze kennen übrigens mehr solche Fälle, wo die für einen Erben ausgesezte Erbrate später unter die andern Miterben zur Vertheilung kommt. Man gedenke z. B. nur der bonorum possessio furiosi.

Gesezt B. verstürbe mit Hinterlassung von 7 Bruderskindern, unter diesen aber befände sich ein Furiosus, Namens E.; so müßte der Nachlaß in 7 Theile vertheilt und dem Curator furiosi die missio in possessionem in ein Siebentheil des Nachtheiles gestattet, diese Erbportion aber wieder unter die 6 andern Miterben vertheilt werden, wenn der Furiosus, ohne zu genesen, verstirbt *).

Auch wenn man die Grundsäze des römischen Zuwachsrechtes (jus adcrescendi), (welches ohne Anstand dann Statt findet, wenn ein Erbe vor dem Erblasser stirbt **) auf den vorliegenden Fall anwendet, kömmt man auf das nämliche Ergebniß. Denn da Michael T. den Anfall der mütterlichen Erbschaft nicht erlebt hat, so handelt es sich hier um die Frage: wer auf den Antheil desselben an dieser Erbschaft ein Recht habe? und diese Frage muß nach den Grundsäzen des Zuwachsrechtes allerdings dahin entschieden werden, daß Jeder der Miterben einen gleichen Theil dieses Antheils erhalten muß.

---

*) Schweppe, röm. Privatrecht §. 845.

**) Schweppe a. a. O. §. 879 a. Höpfner, Kommentar üb. d. Justit. §. 492.

IX.

Ueber Verjährung der Lieferung an einen bestimmten Ort.

Von

J. B. Sartorius.

§. 1.

Einleitung.

Zwischen den Hofbauern zu Veitsberg und der gräflichen Gutsherrschaft zu Föhreneck war durch einen Erbbestandbrief vom 8. Februar 1719 festgestellt worden, daß jene schuldig seien, ihren Erbzins und ihre Gült, welche Reichnisse in Getraid bestanden, gegen Verabreichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern, auch alle Botengänge, welche den Hof (zu Föhreneck) und seine Gerechtsame beträfen, ohne Lohn und umsonst zu verrichten. Später ging Föhreneck an eine freiherrliche Gutsherrschaft über, welche ihren Siz in der nahe gelegenen Stadt nahm. Die Hofbauern fuhren nunmehr ihre Reichnisse viele Jahre hindurch in die Stadt, und erhielten dort jedesmal von der Gutsherrschaft die Kost. Endlich verweigerten sie jedoch diese Lieferung, und beriefen sich auf den Erbbestandbrief, welcher am 28. September 1802 mit der freiherrlichen Gutsherrschaft erneuert worden war.

Die Gutsherrschaft entschloß sich nun, eine Klage auf Schuz im jüngsten Besize anzustellen, und um nach

der Gerichtsordnung Kap. 3. §. 5. Nr. 4. zuvörderst diesen Besiz darzuthun, trug sie bei dem zuständigen Landgerichte darauf an, durch eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Zeugen zu vernehmen, und ihr sodann die Abschriften der Vernehmungs-Protokolle mitzutheilen. Diesem Gesuche wurde willfahren, und die Zeugen sagten aus, daß die Hofbauern seit 30 bis 40 Jahren ihre Reichnisse in die Stadt geliefert hätten. Die Gutsherrschaft, welcher nun der Nachweis eines so langen Besizes zur Seite stand, stellte, unter Bezug auf die Zeugenaussagen, eine Klage auf Schuz im ordentlichen Besize, und häufte damit eventuell das Petitorium.

Einer der Beklagten, welcher in Konkurs verfallen war, erschien bei der Verhandlungstagfahrt nicht, angeblich war er nicht geladen worden; mit den übrigen Beklagten wurde der Streit durchgeführt, und die Gutsherrschaft unterlag in drei Instanzen.

Außer der Hauptfrage über Verjährung der Lieferung an einen bestimmten Ort ergeben sich in diesem Rechtsfalle noch mehrere merkwürdige Nebenfragen. Der Prozeß schließt sich mit einem sehr lakonischen Urtheile des königlichen Ober-Appellationsgerichtes, wie schon S. 46 — 48 ein solches angeführt und besprochen worden ist.

§. 2.

Verhandlungen.

Die freiherrliche Gutsherrschaft erhob im Jäner 1828 folgende Klage:

„Die Hofbauern zu Veitsberg weigern sich, ihre an die Gutsherrschaft schuldigen Reichnisse an Erbzins und Gült in den Hof nach der Stadt zu liefern, indem sie sich auf den Erbbestandbrief vom 8. Februar 1719 berufen, wo es unter Nr. 3 heißt: sie seien schuldig, Erbzins und Gült gegen Reichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern. Hierauf gestüzt behaupten sie, nur zu der Lieferung nach Föhreneck

oder in gleicher Weite des Weges verbunden zu sein, und haben sich der bisher zur Stadt gemachten Lieferung für die Zukunft geweigert. Die Gutsherrschaft hat sich stets hiergegen verwahrt, und sieht sich nunmehr, da in Güte nichts auszurichten ist, zur Betretung des Rechtsweges gezwungen. Die angeführte Stelle des Erbbestandbriefes kann schon darum nicht so ausgelegt werden, wie es die Hofbauern versuchen, weil unter Nr. 6 desselben bestimmt ist: daß dieselben alle Gänge, welche den Hof und seine Gerechtsame betreffen, ohne Lohn und umsonst zu verrichten haben. Es ist sohin klar, daß, wenn die Gutsherrschaft die Ablieferung in die Stadt verlangt, die Hofbauern Folge leisten müssen, besonders da die Stadt von Veitsberg nicht bedeutend weiter entfernt ist, als Föhreneck, und ohnehin jeder Schuldner nach den Gesezen und nach der Natur der Sache verbunden ist, dem Gläubiger die Leistung in das Haus zu bringen. Wenn indessen auch dieses nicht wäre, so haben doch die Hofbauern von jeher ihre Reichnisse in die Stadt geliefert, und es ist ihnen dafür die nicht gebührende Kost im Hofe verabreicht worden. Dies haben die Hofbauern seit unvordenklichen Zeiten und nicht nur 10 bis 20, sondern 30 bis 40 Jahre hindurch gethan, und sich immer für hierzu verbunden gehalten, bis ihnen erst in der kürzesten Vergangenheit der Geist des Widerspruches gekommen ist. Dies beweisen die von dem königlichen Landgerichte abgehaltenen Zeugenverhöre, auf welche man sich hiermit bezieht, so unwiderlegbar, daß darüber keine weiteren Worte nöthig sind, und es folgt daraus nicht nur, daß die Gutsherrschaft im Besitze der Ablieferung nach der Stadt ist, sondern auch, daß dieselbe die Verjährung des diesfallsigen Rechtes vollendet hat. Indem sie daher nach der Gerichtsordnung Kap. 3. §. 4. Nr. 1 und 13 das Possessorium und Petitorium häuft, wird gebeten, sie in diesem Besize zu schüzen, eventuell die Beklagten für verbunden zu erkennen, ihre Reichnisse, gegen Verabreichung der Kost, an den Hof in die Stadt zu liefern, und die durch ihre bisherige Weigerung verur-

sachten Transport- und übrigen Kosten (das Interesse des Ortes) zu vergüten, deren Berechnung vorbehalten wird, zugleich auch dieselben in die Streitkosten zu verurtheilen."

Bei der anberaumten Verhandlungs-Tagfahrt erschienen die Beklagten, mit Ausnahme des in Konkurs verfallenen Johann Rumpel, und gaben folgende Vernehmlassung ab:

„In dem Erbbestandbriefe vom 8. Februar 1819 Nr. 3, auf welchen sich die Gutsherrschaft selbst bezogen hat, ist unsere Verbindlichkeit ganz bestimmt dahin festgesezt, daß wir Erbzins und Gült gegen Reichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern haben. Nun ist aber bekanntlich Veitsberg von der Stadt noch einmal so weit entfernt, als von Föhreneck, so daß es uns gewiß nicht gleichgiltig sein kann, ob wir unsere Reichnisse nach Föhreneck oder in die Stadt liefern. Ueber die Auslegung dieser Stelle des Erbbestandbriefes kann kein Zweifel obwalten, die Bestimmung ist ganz deutlich. Wenn es auch weiter unten bei Nr. 6 heißt: daß wir alle Gänge, welche den Hof und seine Gerechtsame betreffen, ohne Lohn und umsonst zu verrichten haben; so kann hierdurch jene vorausgegangene besondere Bestimmung um so weniger aufgehoben werden, als es sich unter Nr. 6 von Gängen, z. B. Botengängen, unter Nr. 3 aber von Fuhren handelt.

„Weder die bestehenden Geseze noch die Natur der Sache, wenn sie auch, was wir jedoch nicht zugeben, für den klagenden Theil sprächen, können hier, wo eine vertragsmäßige Bestimmung vorliegt, zu unserem Nachtheile entscheiden.

„Wir geben zu, daß wir seit 10 bis 20 Jahren unsere Reichnisse in die Stadt geliefert haben, allein dies thaten wir nicht, weil wir uns für verbunden erachteten, sondern lediglich aus gutem Willen. Dies geht schon daraus hervor, daß wir niemals eine Vergütung für unsere Mühe verlangt haben. Wir empfingen zwar jedesmal die Kost im Hofe, allein diese können wir in dem Falle recht-

lich in Anspruch nehmen, wenn wir die Fuhren nach Föhreneck leisten. In früheren Zeiten, als uns noch die gräfliche Gutsherrschaft vorgesezt war, befand sich der Hof zu Föhreneck, damals fiel uns nichts Anderes ein, als unsere Reichnisse dahin zu liefern. Seitdem aber die freiherrliche Gutsherrschaft Besizerin des Gutes ist, welche ihren Siz in der Stadt hat, war es wohl natürlich, daß wir dorthin unsere Reichnisse lieferten; hierdurch bewährten wir aber blos unsern guten Willen, und dachten niemals daran, uns unserer in dem Erbbestandbriefe selbst begründeten Rechte zu begeben.

„Was über die Zeit von höchstens 20 Jahren hinaus geschah, wissen wir nicht, weil wir damals noch nicht auf dem Hofgute zu Veitsberg waren, wir müssen daher widersprechen, daß der von dem klagenden Theile behauptete Besiz so weit oder gar auf unvordenkliche Zeiten sich erstreckt. Da ein bittweiser (prekärer) Besiz fehlerhaft ist, ein fehlerhafter Besiz aber keine Rechte begründen kann, so geht unsere Bitte dahin, uns, unter Verurtheilung des klagenden Theils in die verursachten Kosten, von der angestellten Klage zu entbinden, sofort auszusprechen, wir seien auf den Grund des Erbbestandbriefes vom 8. Februar 1719 lediglich verbunden, unsere Reichnisse gegen Verabreichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern.“

Der Anwalt der Gutsherrschaft replizirte:

„Johann Rumpel ist nicht erschienen und hat sohin den angedrohten Ausschluß mit seinen Einreden und mit der Vernehmlassung verwirkt *). Es wird daher vor Allem gebeten, hinsichtlich Rumpel's den angedrohten Rechtsnachtheil auszusprechen, und da die anzunehmende Ableugnung

---

*) Es war sogleich in der ersten Verfügung auf die Klage für den bei der Tagfahrt nicht erscheinenden Theil der Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit der vorzunehmenden Handlung, insbesondere aber für die Beklagten die Folge, daß die Klage für abgeleugnet gehalten werden solle, angedroht worden.

der bereits durch Zeugen erwiesenen Klage von keiner Wirkung sein kann, denselben nach Maaßgabe der Klagebitte zu verurtheilen.

„Was das Vorbringen der erschienenen Beklagten betrifft, so wird vor Allem als sachdiensam angenommen, daß der in der Klage angeführte Inhalt des Erbbestandsbriefes vom 8. Februar 1719 zugestanden worden ist. Die von den Gegnern versuchte Auslegung aber ist völlig unbehelflich. Zu Föhreneck besteht für die Gutsherrschaft kein Siz mehr; die für diesen Fall vertragsmäßig angeordneten Verhältnisse fallen also von selbst weg. Außer Föhreneck können die Beklagten keine Kost ansprechen, und eine Verbindlichkeit, die Reichnisse eine kleine Strecke weiter gegen Kost zu liefern, als dem Vertrage widersprechend nicht annehmen. Ueberdies sind die Hofbauern zur unentgeltlichen Leistung aller Gänge verbunden, welche den Hof und seine Gerechtsame betreffen. Daß bei den Reichnissen mit den Gängen Fuhren verbunden sind, ist gleichgiltig und blos eine Erleichterung, welche die Beklagten sich machen, um nicht ihre Reichnisse auf dem Rücken an den Ort ihrer Bestimmung tragen zu müssen. Wären die Fuhren ausgenommen, so müßte dies in dem Vertrage ausdrücklich festgesezt sein, was aber weder behauptet worden, noch der Fall ist. Das Anführen in der Klage ist daher in der Vernehmlassung nicht im Geringsten entkräftet.

„Allerdings stehen den Beklagten Geseze und die Natur der Sache entgegen, indem bekanntlich jeder Schuldner verbunden ist, dem Gläubiger die Leistung in das Haus zu bringen. Früher war der Hof oder der Siz der Gutsherrschaft zu Föhreneck, und demzufolge geschah auch dahin die Lieferung; nun ist der Hof in der Stadt, und es müssen daher auch die Reichnisse bei diesen veränderten Verhältnissen dahin oder in gleicher Weite des Weges geliefert werden.

Indessen kömmt es im Grunde hierauf gar nicht an. Bei allen Rechten, welche, wie hier, mit Besiz oder Quasibesiz verbunden sind, findet nach ausdrücklichen Gesezen

Verjährung Statt, und es unterliegt in rechtlicher Hinsicht gar keinem Zweifel, daß durch eine solche Verjährung die klarsten Verträge aufgehoben werden können. Die Beklagten haben die Verjährung auf den Zeitraum von 10 bis 20 Jahren und so lange sie auf dem Hofe sind, d. h. in Bezug auf sie seit unvordenklichen Zeiten, zugestanden; nebstdem ist durch die angeführten Zeugenverhöre eine Verjährung bis zu 30 und 40 Jahren vollkommen dargethan, und also das Recht der Gutsherrschaft außer Zweifel gesezt.

„Die Beklagten berufen sich zwar auf eine Handlungsweise aus gutem Willen, und man könnte vielleicht auch auf den ersten Anblick meinen, daß hier eine Sache reinen Beliebens (res merae facultatis) vorliege. Allein Sachen reinen Beliebens umfassen nur solche Handlungen, welche entweder das Recht eines Dritten gar nicht betreffen, z. B. Essen u. dgl., oder bei welchen die Absicht eines Besizes gar nicht denkbar ist.

„Beides ist hier der Fall nicht. Denn die Lieferung in die Stadt hat wesentlichen Einfluß auf die gutsherrlichen Rechte, und die Absicht eines Besizes muß hier offenbar auf Seite der Gutsherrschaft angenommen und vermuthet werden, da hinsichtlich derselben das Interesse des Ortes so wesentlich in Frage ist.

„Das Vorbringen eines fehlerhaften Besizes ist eine selbständige Einrede, welche von den Beklagten erwiesen werden müßte. Sie zerstört sich indessen von selbst durch den erwiesenen und zugestandenen Umstand, daß die Beklagten die ihnen nicht gebührende Gegenleistung der Kost angenommen, und dadurch den Mangel eines guten uneigennüzigen Willens und das Nichtdasein eines bittweisen Besizes außer Zweifel gesezt haben.

„Die Verjährung des fraglichen Rechtes ist daher völlig hergestellt, und besonders auch durch das gegnerische Zugeständniß des Besizstandes dargethan, worin die Gutsherrschaft vor Allem geschüzt werden muß, indem das Petitorium nur vorsorglich auf den Fall angetragen worden ist, wenn im Wege des Besizes nicht Genüge geleistet

werden sollte. Es wird daher die in der Klage gestellte Bitte wiederholt, und zum Erkenntnisse beschlossen."

Die Beklagten duplizirten:

„Der Gutsherrschaft kann die sachdiensame Annahme der angeführten Stellen des Erbbestandbriefes zu Nichts verhelfen; denn die Worte dieser Stellen sind ein- für allemal bestimmt. Der Umstand, daß zu Föhreneck nicht mehr der Hof oder Siz der Gutsherrschaft ist, erscheint als ganz zufällig. Auch ist es auf den Hof oder Siz gar nicht abgesehen, sonst würde es nicht heißen: „„oder sonst in dieser Weite des Weges."" Die Gutsherrschaft könnte eben so gut ihren Siz nach München verlegen, und gewiß könnten wir nicht verbunden sein, in eine solche Entfernung unsere Reichnisse zu liefern.

„Eben so wenig ist es denkbar, daß wir unsere Reichnisse auf dem Rücken an den Ort ihrer Bestimmung tragen; denn zur Fortschaffung solcher Getreidlasten sind Fuhren durchaus nothwendig. Der Erbbestandbrief spricht unter Nr. 6, wie angegeben, blos von Gängen, diese verweigern wir der Gutsherrschaft nicht und haben sie nie verweigert.

„Die Verjährung widersprechen wir aus den bereits angegebenen Gründen.

„Wir haben zwar zugestanden, während eines Zeitraums von 10 bis 20 Jahren die fraglichen Reichnisse nach der Stadt geliefert zu haben, insbesondere so lange wir auf dem Hofe zu Veitsberg sizen. Allein hieraus läßt sich doch wohl auf ein seit unvordenklichen Zeiten bestandenes thatsächliches Verhältniß nicht schließen. Die gegentheilige Folgerung ist demnach unstatthaft.

„Auf eine Sache reinen Beliebens haben wir uns gar nicht berufen, wir haben vielmehr lediglich den Besiz der Gutsherrschaft als fehlerhaft aus dem Grunde angesprochen, weil er sich auf keinen rechtlichen Titel, sondern nur auf ein bittweises Verhältniß gründet. Daß dieses der Fall sei, geht aus allen Umständen, wie wir schon angegeben haben, deutlich hervor. Wenn wir von der Guts-

herrschaft die Reichung der Kost annahmen, so haben wir uns lediglich eines Rechtes bedient, welches wir selbst in dem Falle ansprechen können, wenn wir die Reichnisse nur auf die Hälfte der Entfernung geliefert hätten; um wie viel mehr konnten wir bei einer größeren Kraftanstrengung das ohnehin uns rechtlich Gebührende verlangen! Wohl mag die Absicht des Besizes auf Seite der Gutsherrschaft vorhanden gewesen sein, allein sie konnte doch, wenn sie das ganze Verhältniß und die Vertragsbestimmungen des Erbbestandbriefes im Auge hatte, nicht verkennen, daß wir aus gutem Willen handelten.

„Indem wir deßhalb sowohl die rechtliche Begründung des vom Gegentheile angeführten Besizes als die Behauptung der Verjährung wiederholt ableugnen, beschließen wir, unter Verwahrung gegen die Kosten, zum Erkenntnisse."

§. 3.

Erkenntniß erster Instanz.

Das königliche Landgericht N. erkennt in der Sache ꝛc. ꝛc. zu Recht:

I) der klagende Theil sei mit der angestellten Klage, so weit sie nicht gegen Johann Rumpel gerichtet ist, lediglich abzuweisen, die Prozeßkosten aber seien zu vergleichen;

II) in Bezug auf Johann Rumpel sei die Klage für abgeleugnet von ihm zu halten, und derselbe mit seinen Einwendungen gegen dieselbe auszuschließen, die freiherrliche Gutsherrschaft habe sofort binnen zerstörlicher Frist von dreißig Tagen zu erweisen: daß sie das Recht, von Johann Rumpel die Lieferung der schuldigen Reichnisse gegen Verabreichung der Kost an den Hof in der Stadt zu fordern, durch Verjährung erworben habe, vorbehaltlich jedoch der Wiederaufnahme dieses Rechtstreites auf den Fall, wenn das wider Johann Rumpel hierorts bereits erlassene Konkurs-Erkenntniß in Rechtskraft übergehen solle. In Bezug auf Rumpel bleibe die Entscheidung über die Kosten ausgesezt.

Ent-

Entscheidungsgründe.

Zu I.

1) Die vorliegende Klage ist durch Häufung possessorisch und petitorisch. So weit sie possessorisch ist, gründet sie sich auf die Thatsache, daß die Hofbauern von Veitsberg seit unvordenklichen Zeiten und nicht nur seit 10 bis 20, sondern auch seit 30 bis 40 Jahren ihre Reichnisse angeblich in die Stadt geliefert haben, und ihnen dafür die Kost in dem Hofe verabreicht wurde. So weit die Klage petitorisch ist, sind folgende Gründe unterstellt:

a) nach den Gesezen und nach der Natur der Sache sei jeder Schuldner verbunden, dem Gläubiger die Leistung in das Haus zu bringen;

b) in dem Erbbestandbriefe vom 8. Februar 1719 sei unter Nr. 3 festgesezt: die Hofbauern seien schuldig, Erbzins und Gült gegen Reichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern, und in dem nämlichen Erbbestandbriefe sei unter Nr. 6 bestimmt: daß die Hofbauern alle Gänge, welche den Hof und seine Gerechtsame betreffen, ohne Lohn und umsonst zu verrichten hätten;

c) die Gutsherrschaft habe das Recht, von den Hofbauern die Lieferung der schuldigen Reichnisse in die Stadt gegen Verabreichung der Kost zu fordern, nicht allein durch die Verjährung der langen und längsten Zeit, sondern selbst durch unvordenkliche Verjährung erworben.

2) Die Klage, sofern sie auf den **Besiz** des fraglichen Rechtes geht, ist, wie sie vorliegt, im ordentlichen Possessorium, nicht aber im summarischen, den jüngsten Besiz bezielenden, angebracht. Dies geht genügend aus dem Klagegesuche hervor, worin die Gutsherrschaft ausdrücklich erklärt hat, daß sie nach der Gerichtsordnung Kap. 3. §. 4. Nr. 1 und 13 das Possessorium und Petitorium häufe, und um Schuz in **diesem** Besize gebeten hat, in den angezogenen Stellen der Gerichtsordnung aber lediglich von einer Häufung des **ordentlichen** Possessoriums mit dem Peti-

torium die Rede ist. Die Beklagten haben in ihrer Vernehmlassung zwar zugegeben, daß sie seit 10 bis 20 Jahren die schuldigen Reichnisse in die Stadt geliefert haben, sich jedoch darauf berufen, daß in früheren Zeiten die Reichnisse nicht weiter, als nach Föhreneck, geliefert worden seien, und daß dieses früher bestandene thatsächliche Verhältniß auch der Bestimmung des Erbbestandbriefes entspreche, wonach sie lediglich schuldig seien, die Gült gegen Reichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern. Sie bemerkten, daß sie später, als der gutsherrliche Siz in der Stadt gewesen sei, ihre Reichnisse dahin lediglich aus gutem Willen, nicht weil sie sich dazu für verbunden erachtet, geliefert hätten.

3) Die Beklagten behaupten sohin einen entgegenstehenden Besiz (?!), welcher rechtmäßiger sei, als der gegnerische, aus dem doppelten Grunde, weil er sich auf einen rechtlichen Titel gründe, was bei dem gegnerischen nicht der Fall sei, und weil der gegnerische fehlerhaft sei. Den ersten Grund anlangend so sind die Rechtslehrer einig darüber, und es liegt in der Natur der Sache, daß bei einem Streite über die Rechtmäßigkeit des Besizes, welcher hier unverkennbar vorliegt, jenem Besize, welcher einen Rechtstitel für sich habe, der Vorzug gebühre, vor dem Besize, welchem ein solcher Titel mangle. Der Anwalt der Gutsherrschaft konnte nicht leugnen, daß in früherer Zeit, als der Siz in Föhreneck gewesen, die Lieferung der Reichnisse dorthin erfolgt sei, daß sohin ein anderes Besizverhältniß wirklich obgewaltet habe. Gerade dieser leztere entspricht aber dem Erbvertrage, welcher die den Beklagten gegen ihre Gutsherrschaft obliegenden, aus dem Grundverbande herrührenden Verbindlichkeiten festsezt. In dem Erbbestandbriefe vom 8. Februar 1719 unter Nr. 3 ist nämlich die Bestimmung enthalten: daß die Hofbauern schuldig seien, Erbzins und Gült gegen Reichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern. Aus der deutlichen und zweifellosen Fassung dieser Bestimmung ergibt sich von selbst als Folge, daß

die Hofbauern zur Lieferung der Reichnisse in einer größeren Weite des Weges, als nach Föhreneck, vertragsmäßig nicht verbunden seien. Nun ist aber bekanntlich Veitsberg von der Stadt noch einmal so weit entfernt, als von Föhreneck; es liegt daher vor, daß auf den Grund der angeführten Stelle des Erbbestandbriefes den Beklagten die Lieferung der Reichnisse in die Stadt rechtlich nicht zugemuthet werden kann. Zwar wendete die Gutsherrschaft ein: die angeführte Stelle des Erbbestandbriefes könne schon darum nicht so ausgelegt werden, wie es die Hofbauern versuchten, weil unter Nr. 6 desselben bestimmt sei, daß dieselben alle Gänge, welche den Hof und seine Gerechtsame betreffen, ohne Lohn und umsonst zu verrichten haben; allein es würde geradezu allen Regeln einer richtigen Auslegung entgegen sein, wenn man annehmen wollte, daß durch diese leztere Stelle jene vorausgegangene besondere und deutliche Bestimmung wieder aufgehoben sei, und überdies wird unter Nr. 6 nur lediglich von G ä n g e n gehandelt.

4) Es ist demnach außer Zweifel, daß der von den Beklagten angeführte Besiz der Freiheit von dem Anspruche der Gutsherrschaft auf Lieferung der Gültreichnisse in die Stadt auf den Rechtstitel des Erbbestandbriefes vom 8. Februar 1719 sich gründet, während auf der anderen Seite die Gutsherrschaft für den von ihr behaupteten Besiz keinen Titel anführen konnte. Hieraus folgt der rechtliche Vorzug jenes Besizes vor diesem, wodurch die erhobene possessorische Klage entkräftet wird. Deßhalb hat es auf den zweiten Grund, welchen die Beklagten für sich anführten, nämlich die Fehlerhaftigkeit des Besizes der Gutsherrschaft, welche die Hofbauern erst erweisen müßten, gar nicht anzukommen.

5) Die Reihe ist nun an der Würdigung der p e t i t o r i s c h e n Gründe der Klage. Der erste Grund: daß nach den Gesezen und nach der Natur der Sache jeder Schuldner verbunden sei, dem Gläubiger die Leistung in das Haus zu bringen, ist, wenn auch im Allgemeinen richtig, doch auf alle jene besondere Fälle nicht anwendbar,

wo entgegengesezte Vertragsbestimmungen vorliegen, und unter diese ist der gegenwärtige Fall, wie schon ausgeführt worden ist, zu rechnen. Der zweite von den Stellen des Erbbestandbriefes hergenommene Grund findet seine Widerlegung in dem schon unter N. 3 Gesagten. Erheblicher aber scheint der dritte Grund: daß die Gutsherrschaft das Recht, von den Hofbauern die Lieferung der Gültreichnisse in die Stadt gegen Verabreichung der Kost zu fordern, nicht allein durch die Verjährung der langen und längsten Zeit, sondern selbst durch unvordenkliche Verjährung erworben habe. Allein auch dieser Grund zerfällt bei näherer Beleuchtung.

6) Wesentliches Erforderniß der Verjährung, selbst der außerordentlichen, nach der in dieser Lehre entscheidenden Vorschrift des kanonischen Rechtes, ist der gute Glaube auf Seite des Verjährenden. Die Beklagten haben in ihrer Vernehmlassung zwar zugegeben, daß sie seit 10 bis 20 Jahren ihre Reichnisse in die Stadt geliefert haben, allein sie behaupteten, solches blos aus gutem Willen gethan zu haben, ohne sich hierzu für verbunden zu erachten, und ohne sich ihrer in dem Erbbestandbriefe begründeten Rechte zu begeben; sie widersprachen sofort den Rechtsgrund der erwerbenden Verjährung (?*). In eben diesem Widerspruche, insbesondere in dem Berufen auf den Erbbestandbrief, liegt die Angabe des Mangels eines guten Glaubens auf Seite der Gutsherrschaft, und diese ist sofort erwiesen durch den Inhalt des Erbbestandbriefes selbst, insbesondere durch die unter Nr. 3 darin enthaltene, schon mehrmals angeführte Stelle. Denn da der Sinn derselben klar ist, da der Erbbestandbrief ferner als eine die wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Gutsherrschaft und der Grundholden festsezende Urkunde erscheint, deren Inhalt beiden Theilen wohl bekannt sein muß, so läßt sich die Anmaßung eines Rechtes oder die Erfüllung

*) S. Nr. 4. dieses Erkenntnisses am Ende.

einer Verbindlichkeit über die Gränzen der Vertragsbestimmungen hinaus von einem guten Glauben der Betheiligten begleitet nicht denken. Ueberhaupt kann Verjährung als eine Anstalt, welche die Befestigung eines ungewissen Rechtszustandes bezielt, eben deßhalb in jenen Fällen nicht Plaz greifen, wo die Rechtsverhältnisse durch Autonomie schon bestimmt und abgegränzt sind (?). Da es nun nach dem bisher Gesagten an dem Daseln eines guten Glaubens, als dem Haupterfordernisse der Verjährung, mangelt, so fällt die Verjährung selbst hinweg, und es hat sohin auch in dieser Beziehung auf die von den Beklagten entgegengesezte Einrede der Fehlerhaftigkeit des gutsherrlichen Besizes nicht mehr anzukommen.

7) Aber auch auf die Behauptung einer unvordenklichen Verjährung ist die Klage gestüzt, und diese Verjährungsart ist nach den Gesezen an die Erfordernisse der Verjährungen bestimmter Zeit, sohin auch an das Erforderniß des guten Glaubens, nicht gebunden. Die Beklagten haben diesen Klagegrund widersprochen, überhaupt in Abrede gestellt, längere Zeit, als 20 Jahre, ihre Reichnisse gegen Verabreichung der Kost in die Stadt geliefert zu haben, sie haben angeführt, daß früher, da sich der Siz der Gutsherrschaft zu Föhreneck befunden habe, die Reichnisse dorthin, und später, da der Siz in die Stadt verlegt, die Reichnisse in die Stadt geliefert worden seien, und daß sie hierbei blos ihren guten Willen bewährt hätten, ohne daran zu denken, sich ihrer in dem Erbbestandbriefe begründeten Rechte begeben zu wollen. In der Replik hat der Anwalt der Gutsherrschaft zugegeben, daß früher der Siz zu Föhreneck gewesen, und demzufolge auch die Lieferung der Reichnisse nach Föhreneck geschehen sei. Hierdurch ist aber offenbar eingeräumt, daß es seit Menschengedenken schon anders gewesen sei. Da nun das Wesen der unvordenklichen Verjährung gerade darin liegt, daß Niemand von einem entgegengesezten Zustande etwas weiß, so zerfällt auch dieser lezte Klagegrund und mit ihm die Klage selbst, so weit sie nicht gegen Johann Rumpel gerich-

tet ist, weßhalb der klagende Theil damit abgewiesen werden mußte.

8) Die Prozeßkosten wurden verglichen, da die Gutsherrschaft bei einer, längere Zeit hindurch ohne Widerrede fortgesezten, Leistung allerdings den Schein des Rechtes für sich hatte, dieselbe sohin nach der Gerichtsordnung Kap. 17. §. 4. Nr. 3 ihrer Meinung nach redliche Ursache zum Streiten gehabt haben mag.

Zu II.

9) So weit aber die Klage gegen Johann Rumpel gerichtet ist, mußte, da dieser bei der Verhandlungs-Tagfahrt nicht erschienen ist, der gesezliche Rechtsnachtheil gegen ihn ausgesprochen, sofort die Gutsherrschaft zum Beweise der Klage gelassen werden.

Gesez vom 22. Juli 1819, einige Verbess. der Ger. Ord. betr. §. 6.

Dieser Beweis wurde indessen lediglich in petitorischer Beziehung aufgegeben, da die possessorische Klage, wie schon oben ausgeführt worden ist, von selbst zerfällt, das Possessorium und Petitorium zugleich instruirt sind, und es in einem solchen Falle nach der Gerichtsordnung Kap. 3. §. 4. Nr. 14 dem Richter überlassen ist, in dem einen oder andern zu sprechen. Da jedoch wider den Mitbeklagten Johann Rumpel bereits hierorts das Konkurs-Erkenntniß erlassen, wegen ergriffener Berufung aber noch nicht in Rechtskraft übergegangen ist; so mußte die Wiederaufnahme dieses Rechtstreites auf den Fall vorbehalten werden, wenn jenes Erkenntniß die Rechtskraft beschreiten sollte, indem alsdann nicht mehr Johann Rumpel, sondern die Gesammtheit seiner Gläubiger oder der Käufer seines Anwesens als beklagter Theil erscheinen würde.

10) Die Entscheidung über die Kosten kann erst im künftigen Endurtheile erfolgen.

N. am 9. März 1828.

Königliches Landgericht.

K. Landrichter.

(Siegel.) D. Aktuar.

§. 4.

Berufung des klagenden Theils.

Königliches Appellationsgericht!

Die freiherrliche Gutsherrschaft findet sich durch das Erkenntniß des königlichen Landgerichtes N. vom 9. März 1828 beschwert, und ergreift daher das Rechtsmittel der Berufung.

Die Förmlichkeiten sind in Ordnung rc. rc.

In der Hauptsache sind die Beschwerden der Gutsherrschaft folgende:

A) daß sie mit der angestellten Klage, so weit sie nicht gegen Johann Rumpel gerichtet ist, lediglich abgewiesen wurde;

B) daß in Bezug auf Johann Rumpel ihr der Beweis auferlegt wurde: daß sie das Recht, von Johann Rumpel die Lieferung der schuldigen Reichnisse gegen Verabreichung der Kost an den Hof in der Stadt zu fordern, durch Verjährung erworben habe;

C) daß die Wiederaufnahme dieses Rechtsstreites auf den Fall vorbehalten wurde, wenn das wider Johann Rumpel erlassene Konkurs-Erkenntniß in Rechtskraft übergehen sollte.

Diese Beschwerden werden durch die nachfolgende Ausführung gerechtfertigt.

Zu A.

1) Rechte werden unter Anwesenden binnen zehn Jahren verjährt. Dies ist eine allgemein anerkannte Rechtsregel, welche aus der L. 10. C. de praescr. long. temp. (7. 33.) hervorgeht, und sogar bei Dingen reinen Beliebens, deren aber hier wegen des gegenseitigen Interesses keines vorliegt, Statt finden kann, wie Höpfner im Kommentar über die Institutionen §. 406 ausdrücklich angibt. Hiernach mögte es also kaum mehr einem Zweifel unterliegen, daß die Gutsherrschaft gegen die Hofbauern das Recht auf Ablieferung der Reichnisse an den Hof in

der Stadt durch Verjährung ersessen habe. Denn die Beklagten selbst haben einen zwanzigjährigen Besiz der Gutsherrschaft eingeräumt, und nur lediglich die Einrede entgegengesezt, daß sie diese Ablieferung blos aus gutem Willen gemacht hätten. Allein dieses hingeworfene Vorbringen, welches durch Anführung besonderer Umstände nicht im Mindesten unterstüzt ist, verdient keine Rücksicht, und zwar um so weniger, als durch die Zeugenverhöre, welche einen unzertrennlichen Theil der Klage bilden, dieses Alles schon widerlegt ist, und ein guter Wille schon da nicht angenommen werden kann, wo man durch Annahme von Kost sich bezahlt macht. Ein belohnter und auf Belohnung gerichteter Wille verdient den Namen des guten nicht mehr. Die Verjährung wird durch solche Eingelenke nicht zweifelhaft gemacht, sie ist troz derselben begründet, und über allen Einwand erhaben.

2) Das Untergericht stellt die Ansicht auf, der zugestandene 20jährige, und durch Zeugen erwiesene 30- bis 40jährige Besiz werde in seiner rechtlichen Wirkung dadurch zernichtet, daß die Hofbauern behauptet hätten, und von dem gutsherrlichen Anwalte in der Replik zugestanden worden sei, früher sei der Siz in Föhreneck gewesen, und dahin sei die Ablieferung von Erbzins und Gült geschehen. Dies ist vorerst dem wesentlichsten Theile nach unrichtig. Die Beklagten gestehen in der Vernehmlassung einen 20jährigen Besiz zu, und behaupten, sie wüßten nicht, was über die Zeit von 20 Jahren hinaus geschehen sei. Sie geben also ausdrücklich an, daß sie von einem andern ältern Zustande gar nichts wissen, und nehmen sich dadurch alle rechtliche Stüze. Wie kann ein Beklagter den klägerischen Besiz anfechten, oder als ihn anfechtend gelten, welcher vom Gegentheile gar nichts weiß? Auch der unwissende Zeuge ist ja kein wirksamer, und es wird bei ihm nicht angenommen, daß er das Gegentheil der ihm vorgelegten Frage behauptet habe; warum soll das Nichtwissen gerade bei der Partei mit dem Widerspruche, der doch in einem auf Wissen gegründeten Leugnen

bestehen muß, gleiche Wirkung haben? — Allein auch ab- gesehen davon würde ferner aus der Ansicht des Untergerichtes folgen, daß die Ablieferung an einen andern Ort gar nicht verjährt werden könne, und dies wäre doch wirklich absurd. Es ist ja in der Regel Alles in 10 bis 20, 30 bis 40 Jahren verjährbar, und darauf, daß vor dieser Zeit die Verhältnisse anders gewesen seien, kömmt es nicht an, es muß vielmehr ein anderer Zustand vorausgesezt werden. Denn da, wo es gar niemals anders gewesen ist, bedarf man gar keiner Verjährung oder höchstens nur der von der erwerbenden wesentlich verschiedenen unvordenklichen; es bleibt ohnedies bei dem Alten. Schon dem Worte nach wird bei der erwerbenden (adquisitiven) Verjährung etwas erworben (adquirirt), d. h. etwas erlangt, was man vorher noch nicht gehabt hat. Wenn also hier das Recht auf Ablieferung der Reichnisse in die Stadt adquisitiv verjährt werden soll, so wird der Natur der Sache nach vorausgesezt, daß vorher die Ablieferung nicht nach der Stadt geschehen sei, daß nachher aber dieser Fall 10 bis 20 Jahre lang Statt gefunden habe, und eben dadurch erwächst ein Recht. Neuer, nicht der älteste aufgehobene Besiz kann hier den Sieg verleihen. Kaum begreiflich ist darum die Ansicht des Untergerichtes, das mittels Verjährung erlangte Recht durch eben jenen Zustand, welcher durch Verjährung als beseitigt hergestellt ist, verschlingen lassen zu wollen. Gerade umgekehrt verschlingt der neue thatsächliche Zustand, da er 10 bis 20 und 30 bis 40 Jahre dauerte, den ältern, wenn dieser auch noch so rechtmäßig gewesen wäre; und nur darauf kömmt es an, ob der Gutsherrschaft eine Verjährungszeit von wenigstens 10 Jahren zur Seite stehe. Dagegen aber lassen das gegnerische Geständniß und die angestellten Zeugenverhöre gar keinen Zweifel mehr aufkommen.

3) Das Untergericht legt großes Gewicht darauf, daß der von ihm sogenannte „Besiz der Freiheit" d. h. der Umstand, daß früher nach Föhreneck geliefert wurde, ein rechtlicher, durch den Erbbestandbrief begründeter ge-

wesen sein soll, was bei dem Besize der Gutsherrschaft nicht angenommen wird. Jenes wird noch weiter unten seine Widerlegung finden, fest muß aber behauptet werden, daß die Gutsherrschaft sich in einem rechtmäßigen Besize befindet. Es ist ein alter in L. 14. D. de prob. (22. 3.) und L. 7. §. 5. D. de liber. causa (40. 12.) begründeter Rechtsaz: jeder Besiz wird als rechtmäßig vermuthet; daher kann nur ein solcher Besiz als unrechtmäßig gelten, welcher die Widerrechtlichkeit offen an der Stirne trägt, und darüber ist das Urtheil erster Instanz den erforderlichen Nachweis schuldig geblieben.

4) Auch ist es schon an sich ungereimt, einen damaligen Besiz der Freiheit von der Ablieferung in die Stadt annehmen zu wollen. Damals soll nach Angabe des Untergerichtes selbst in der Stadt kein Hof oder gutsherrlicher Siz gewesen sein; natürlich brauchten auch deßhalb die Beklagten keine Gült und keinen Erbzins in die Stadt zu liefern; aber daß sie im Besize einer mit Rechtsfolgen verknüpften Freiheit gewesen seien, kann man nicht gelten lassen. Denn es fehlte die Bedingung (das Vorhandensein des Sizes in der Stadt), also auch das Bedungene (die Ablieferung dahin). Die Beklagten sind nach des Untergerichtes Ansicht jezt zu dieser Stunde auch im Besize der Freiheit, nach Wien und nach Berlin und überhaupt nach allen Orten, die Stadt des gutsherrlichen Sizes und etwa auch Föhreneck allein ausgenommen, Reichnisse zu liefern, weil daselbst die Gutsherrschaft den Siz nicht hat; allein wem wird beifallen, darin eine mit Rechtsfolgen verbundene Freiheit anzunehmen? Der Freiheit von einer Verbindlichkeit oder einem Besizverhältnisse muß immer ein rechtliches und vernünftiges Interesse auf der Gegenseite entsprechen.

5) Der frühere Zustand, als noch ein Siz in Föhreneck war, ist auch deßhalb unerheblich, weil nie die klagende Gutsherrschaft, sondern eine andere gräfliche dort sich niedergelassen hatte. Die Beklagten geben dies in der Vernehmlassung selbst an. Gegen die klagende Gutsherr-

schaft ist also kein älterer Zustand hergestellt oder behauptet, sie hat seit Anbeginn den Besitz des Rechtes auf Lieferung in die Stadt für sich, und wie es die zu Föhreneck wohnende gräfliche Gutsherrschaft zu halten beliebte, kann jene weder kümmern noch beschädigen.

6) Doch es ist noch weiter zu zeigen, daß der Besitz des klagenden Theiles rechtmäßig sei. Der gute Glaube, welcher der Gutsherrschaft rein abgesprochen wird, kann nicht als mangelnd angenommen werden. Auch dieser wird nach rechtlichen Grundsätzen überall vermuthet, und unrichtig ist es, daß dieser Vermuthung das Vorbringen der Gegner wegen ihres guten Willens und der Erbbestandbrief entgegenstehen. Es geht aus den Angaben der Hofbauern und aus den Zeugenverhören hervor, daß die Beklagten seit der Zeit, als der gutsherrliche Sitz in der Stadt ist, die Lieferung dahin machten, daß sie dafür die Kost erhielten, und niemals widersprachen. Nun mußte ganz natürlich die Gutsherrschaft den guten Glauben hegen, daß, weil in Föhreneck kein gutsherrlicher Sitz sich mehr befindet, und die gräfliche Familie abgetreten war, die Lieferung in die Stadt zu geschehen habe, und daß sich die Hofbauern derselben recht gerne unterziehen wollten, wenn sie dafür Kost erhalten würden. Denn nach dem Erbbestandbriefe war ihnen diese außer Föhreneck nicht bewilligt. Die Gutsherrschaft mußte denken, daß Menschen, welche ohne alle Widerrede so lange Zeit ununterbrochen in die Stadt lieferten, und dafür Vergütung nahmen, den vorherigen Zustand der Dinge bei nun ganz veränderten Umständen nicht mehr für gut fänden, und die neue Sitte als ein neues Rechtsverhältniß von ganzem Herzen billigten. Wie kann man da auf Seite der Gutsherrschaft bösen Glauben geradehin annehmen, wo doch das Gegentheil so ziemlich klar vorliegt? Ja — auf den schlimmsten Fall müßte doch die Zweifelhaftigkeit der Sache zugegeben werden, und im Zweifel ist offenbar der gute Glaube zu vermuthen. Der Erbbestandbrief aber kann der Verjährung gar nicht entgegenstehen. Denn kein Rechtslehrer

leugnet, daß eine Verjährung selbst gegen die klarsten Vertragsbestimmungen Statt finde, und Rechtsgeschäfte anders gestaltet werden können, als sie vorher bedungen worden sind. Unrecht hat das Untergericht, wenn es anführt, daß die Verjährung in jenen Fällen nicht Plaz greife, wo die Rechtsverhältnisse durch Autonomie abgegränzt sind. Alles ist in der Regel verjährbar, und die bestimmteste Abgränzung durch Verträge kann mittels der Verjährung aufgehoben werden. Kurz — es ist gar kein bündiger Grund da, woraus der böse Glaube gehörig nachgewiesen werden könnte, und da, wo man der Partei etwas Böses als Rechtsnachtheil aufbürden will, kann sie doch gewiß den strengsten Nachweis fordern.

7) Auch nicht ohne Titel ist der Besiz der Gutsherrschaft, wie das Untergericht meint, sondern es steht ihm der besondere Titel: pro transactione, pro conventione tacita, und der allgemeine: pro suo (Dig. lib. 41. tit. 10.) zur Seite. Abgesehen davon ist auch derjenige, welcher ohne rechtmäßigen Titel besizt, darum nicht außer Stand, zu verjähren, nur muß in einem solchen Falle der Besiz dreißig Jahre gedauert haben, was hier durch die abgehörten Zeugen nachgewiesen, und auch nicht widersprochen ist. (Nr. 2.)

L. 8. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 ann. (7. 39.)
Höpfner, Kommentar üb. d. Instit. §. 399 am Ende.

Ueberhaupt ist hier ein Verhältniß zwischen Grundherrn und Grundholden in Frage, es handelt sich hier zwar nicht um eine wahre römische Grunddienstbarkeit, allein es mögte sich die Analogie rechtfertigen, wie bei jenen weder Titel noch guten Glauben zur Verjährung zu erfordern, weil denn doch über Lasten aus dem Grundbarkeitsverbande gestritten wird.

Donelli comm. lib. 11. c. 12. Vinnii sel. quaest. lib. 1. c. 31.

8) Daß sogar ein unvordenklicher Besiz hier gegen die Beklagten angenommen werden könne, folgt daraus, daß sie zugestanden haben, so lange sie auf dem

Höfe säßen, und so lange sie sich erinnern könnten, die Lieferung in die Stadt gemacht zu haben. Die Beklagten haben also wenigstens in Bezug auf ihre Person die Unvordenklichkeit gegen sich, und diese genügt hier. Wenn der beklagte Theil selbst einräumt, daß es von jeher so, wie der Kläger angibt, gewesen sei, und daß er nicht wisse, wie es sich vorher (vor 20 Jahren) verhalten habe; so hat er doch gewiß von seiner Seite die Unvordenklichkeit zugegeben, und will sich dieselbe gefallen lassen. Die Beklagten haben zwar in der Vernehmlassung sogleich nach dieser Angabe die Unvordenklichkeit widersprochen, allein was einmal eingeräumt ist, muß eingeräumt bleiben, und nebstdem begründen auch die Zeugenaussagen den unvordenklichen Besitz.

9) So stellt sich also die Beschwerde der Gutsherrschaft in jeder Hinsicht als wohl begründet dar, Alles, was zur Verjährung nöthig ist, liegt vor, und — dennoch erkennt das Untergericht auf Abweisung, nimmt, auf das blos einseitige und in sich selbst schon nichtige Vorbringen der Beklagten hin, ein Prekarium an (?*), und verkennt Alles, was aus der Natur der Sache, den Zugeständnissen der Hofbauern, den Zeugenverhören und den Akten überhaupt für den klagenden Theil hervorgeht. Die Einrede des guten Willens (denn darin liegt das Prekarium) ist eine solche, die, wenn sie nicht sogleich durch Anführung bestimmter und in die Sinne fallender Umstände begründet und substanzirt wird, keine Rücksicht ansprechen kann. Sie ist außerdem nicht einmal möglicher Weise zu einer Beweisauflage geeigenschaftet, weil der nakte gute Wille an sich etwas Innerliches und nicht Erkennbares, sohin kein Gegenstand der Beweisführung ist. Vermuthet kann hier der gute Wille ohnehin nicht werden, da er eine Art von Freigebigkeit in sich schließt. Demnach ist der fehlerlose Besitz liquid, und in diesem muß die Gutsherrschaft geschüzt werden.

---

*) §. 3. Nr. 4. des Erkenntnisses am Ende.

10) Bei dieser Klarheit des Sieges im plenarischen Besize und im Rechte durch Verjährung ist es kaum nöthig, die petitorischen Gründe außer denen der Verjährung nochmals herauszuwenden. Um indessen nichts zu unterlassen, was das gute Recht des klagenden Theiles begründet, wird noch Folgendes angeführt:

α) Nach der Natur der Sache und nach den Gesezen ist der Schuldner verbunden, dem Gläubiger die schuldige Leistung in das Haus zu bringen. Wenn früher eine Gutsherrschaft in Föhreneck war, so geschah nothwendig dorthin die Lieferung, nun ist sie in der Stadt, also muß auch dahin geliefert werden.

β) Dies ist durch besondere Uebereinkunft nicht geändert. Denn der Erbbestandbrief ist in dieser Beziehung schon deßwegen nicht anwendbar, weil er nur in Rücksicht auf die damaligen Verhältnisse (rebus sic stantibus) und namentlich in Bezug auf die gräfliche Familie und ihren Siz zu Föhreneck geschlossen ist. Nun bestehen diese Verhältnisse nicht mehr, die deßfallsigen alten Vertragsbestimmungen fallen also zusammen, und die Sache muß nach der unter α angeführten allgemeinen Regel beurtheilt werden.

γ) Außer Föhreneck, sei es auch noch so weit von Veitsberg, gebührt den Hofbauern nach dem Erbbestandbriefe keine Vergütung. Es fragt sich also: sind nun, da der gutsherrliche Siz in der Stadt ist, die Hofbauern, wenn man ihnen Kost gibt, verbunden, Gült und Erbzins in die Stadt zu liefern? Diese Frage muß in Erwägung der hier einschlägigen Verhältnisse bejaht werden. Wenn der Schuldner dafür, daß er die Sache dahin liefert, wohin er sie im Grunde liefern sollte, noch überdies eine verhältnißmäßige, ihm nicht gebührende Vergütung erhält, und ohne Widerrede sachdiensam annimmt, so wird er allerdings in dieser Art rechtlich verbunden, wenn ein solcher Zustand eine gewisse Zeit hindurch andauert.

δ) Endlich müssen die Hofbauern alle Gänge, welche den Hof und seine Gerechtsame betreffen, unentgeltlich verrichten, was sie selbst anerkennen. Es ist zwar wahr, daß die Gült- und Erbzinsfrüchte nicht durch Gänge, sondern durch Fuhren geliefert werden; allein eines Theils ist der Ausdruck „Gänge" eine allgemeine Bezeichnung, und begreift auch Fuhren als Unterart in sich, andern Theils sind die Fuhren nur Sache der Beklagten, an und für sich ist es auch möglich, daß die Reichnisse nach und nach auf dem Rücken durch Fußgänger in die Stadt getragen werden. Sollte übrigens die Sache zweifelhaft sein, so entscheidet auch hier die unter α angeführte allgemeine Regel.

Es ist daher auch die Klage diesem ihrem petitorischen Theile nach begründet.

Zu B.

Rumpel war bei der Verhandlungs-Tagfahrt nicht erschienen, und hatte also den angedrohten und gesezlichen Rechtsnachtheil verwirkt, daß er seiner Einreden verlustig sein, und der klagende Theil zum Beweise der für abgeleugnet geltenden Klage gelassen werden solle. Allein von einem Beweise der Klage kann dennoch hier keine Rede sein; denn dieser Beweis ist bereits durch die früheren Zeugenverhöre, welche als ein wesentlicher Theil der Klage zu betrachten sind, vollkommen gestellt, so wie auch diese Zeugenverhöre gegen den Beklagten als über alle Einreden, deren er verlustig geworden ist, erhaben erscheinen. Bei possessorischen Klagen bedarf es nicht einmal eines Beweises, sondern nur einer Bescheinigung, und wird diese nicht entkräftet, so muß Schuz im Besize eintreten, und der als siegreich dastehende Kläger kann nicht mit einer Beweisführung, am allerwenigsten mit einer petitorischen, behelligt werden. Nicht als gewöhnlicher antizipirter Beweis sind die Zeugenverhöre zu betrachten, sondern als Theile oder Urkunden der Klage, welche nicht widersprochen sind, und vollen Beweis machen. Zudem könnte ein Widerspruch

gar nicht erheblich sein; denn diese Zeugenverhöre sind gerichtliche Protokolle, bedürfen also keiner Anerkennung, und mit allen Einreden ist Rumpel ohnedies ausgeschlossen. Die Klage ist also schon izt gegen ihn voll bewiesen, und er hätte verurtheilt werden sollen.

Zu C.

Wie die Wiederaufnahme des Rechtstreites auf den Fall, daß das gegen Rumpel erlassene Konkurs-Erkenntniß in Rechtskraft übergehen sollte, zu rechtfertigen sei, leuchtet nicht ein. Dies hieße, daß gegen Rumpel das Erkenntniß in der gegenwärtigen Sache gar nicht rechtskräftig werden könne (!). Dies wäre absurd. Es könnte zwar der Fall vorkommen, daß die rumpelische Gläubigerschaft dem Erkenntnisse Folge leisten müßte, weil sie die am rumpelischen Vermögen haftenden Lasten übernommen hätte; daß jedoch der gegenwärtige Streit nach Erlassung des Erkenntnisses und nach Ablauf der Berufungsfrist wieder aufgenommen werden könne, wäre eine höchst seltsame und den ersten Grundsäzen des gerichtlichen Verfahrens geradezu widersprechende Ansicht.

Da durch das bisher Gesagte die aufgestellten Beschwerden vollkommen gerechtfertigt sind, so wird gebeten: abändernd zu erkennen, die Gutsherrschaft sei gegen sämmtliche Beklagte in dem Besize des Rechtes auf Ablieferung der Reichnisse in die Stadt nicht nur zu schüzen, sondern dieselben seien auch rechtlich verbunden, ihre Reichnisse gegen Verabreichung der Kost in die Stadt zu liefern, und der Gutsherrschaft alle Transport- und übrigen, so wie auch die Streitkosten beider Instanzen zu vergüten. ꝛc. ꝛc.

§. 5.

Nebenverantwortung der Beklagten.

Königliches Appellationsgericht!

Wir stellen, indem wir unsere Nebenverantwortung einbringen, die Beurtheilung der Förmlichkeiten dem richter-

richterlichen Ermessen lediglich anheim, und gehen sogleich zur Hauptsache über.

Die gegen uns mit Ausnahme Rumpel's gerichtete erste Beschwerde wird darauf gestüzt, daß die Gutsherrschaft mit der angestellten Klage lediglich abgewiesen wurde. Diese Beschwerde ist durchaus ungegründet. In dem untergerichtlichen Erkenntnisse ist mit Augenscheinlichkeit ausgeführt, daß es sich hier von einem durch Verjährung erworbenen Rechte der Gutsherrschaft rücksichtlich der uns angesonnenen Lieferung in die Stadt nicht handeln kann. Wir beziehen uns auf jene gründliche Erörterung des Gegenstandes, und bemerken zur Widerlegung der gegnerischen Beschwerde noch kurz Folgendes:

Außer andern gesezlichen Erfordernissen zur Verjährung muß auch eine verjährbare Sache vorhanden sein. Im gegenwärtigen Falle ist aber wirklich die Rede von einer Sache reinen Beliebens *), d. h. von einer solchen Handlung, welche man leisten konnte, ohne hierdurch zu ihrer ferneren Vornahme verbunden zu werden. Nur dann, wenn sich Jemand einen Besiz oder ein Zwangsrecht gegen einen Dritten ohne Widerspruch desselben anmaßt, läßt sich eine Verjährung solcher Handlungen rechtlicher Weise denken. In dem gegenwärtigen Falle sind die der Gutsherrschaft schuldigen Reichnisse zwar in die Stadt geliefert worden, aber nur freiwillig, ohne daß deßhalb irgend ein Zwang Statt fand, wobei wir uns beruhigten, wie dies auch von dem klagenden Theile nirgends behauptet wird. Die Lieferung selbst ist durch den Erbbestandbrief vom 8. Februar 1719 Nr. 3 deutlich genug geregelt, indem sich darin mit klaren Worten ausgedrückt findet, daß wir Erbzins und Gült gegen Reichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern haben. Daß die fragliche Lieferung in die Stadt gemacht

*) Dennoch hatten die Beklagten in der Duplik erklärt, auf eine Sache reinen Beliebens hätten sie sich gar nicht berufen. Warum hielten sie jenesmal diesen Einwand nicht fest?

wurde, geschah aus gutem Willen und gegen Vergütung, wodurch schon an sich ein unwiderrufliches Recht mittels Verjährung von der Gutsherrschaft gegen uns nie erworben werden konnte. Ein solcher prekärer Zustand war nicht dazu geeignet, ihr irgend einen Besiz einzuräumen, denn es war noch zur Zeit keine Veranlassung gegeben, unsere Befreiung gegen das gegnerische Ansinnen geltend zu machen. Erst izt, da wir die bisher aus gutem Willen übernommene Lieferung in die Stadt wegen unserer besonderen Verhältnisse ohne billige Vergeltung, wofür die bisher gereichte blose Kost nicht angenommen werden kann, nicht länger gewähren können, von Seite der Gutsherrschaft aber diese Lieferung als eine Zwangsverbindlichkeit uns aufzubürden gesucht wird, würde der Lauf einer Verjährung gegen uns beginnen, wenn wir zu dieser Leistung uns ferner bereitwillig fänden.

Nebstdem ist zur Verjährung das wirkliche Dasein eines rechtmäßigen Titels erforderlich, es genügt nicht der blose Glaube, daß ein solcher Titel vorhanden sei. Da nun die Gutsherrschaft, ihrer Behauptungen ungeachtet, keinen rechtmäßigen Titel für sich hat, so war sie dadurch von aller Verjährung ausgeschlossen.

Auch der gute Glaube ist ein Erforderniß zur Verjährung, und dieser steht dem klagenden Theile nicht zur Seite, weil er aus dem Erbbestandbriefe wissen mußte, daß wir zu keiner Lieferung in die Stadt verbunden sind.

Selbst die Behauptung, daß wir einen zwanzigjährigen Besiz der Gutsherrschaft eingeräumt hätten, kann die Verjährung bei dem Mangel aller Erfordernisse nicht rechtfertigen. Was nun aber die von der Gutsherrschaft angeführten Zeugenverhöre angeht, so sind sie ganz unerhebliche Aktenstücke, weil bekanntlich der Beweis weder mit der Klage im ordentlichen Prozesse angetreten, noch irgend ein Beweismittel berücksichtigt werden kann, welches nicht förmlich erhoben, und worüber der beklagte Theil nicht gehört wurde. Wenn man nun noch erwägt, daß der Gegentheil zur Begründung seiner Beschwerde eine Menge

willkürlicher Hypothesen vorgebracht hat, so springt der Ungrund seiner Berufung in die Augen.

Daß wir übrigens auch in anderer Beziehung rechtlich verbunden sein sollen, die Lieferung in die Stadt zu übernehmen, insbesondere daß nach der Natur der Sache und nach den Gesezen der Schuldner verbunden ist, dem Gläubiger die Leistung in das Haus zu bringen, dies ist eben auch eine Voraussezung, welche sich nicht unbedingt unterstellen läßt. Der Schuldner hat zwar allerdings im Allgemeinen diese Verbindlichkeit, wenn aber darüber, wie hier, ausdrückliche Vertragsbestimmungen vorhanden sind, so müssen solche zunächst befolgt werden. Es tritt auch überhaupt die Verbindlichkeit zur Schadloshaltung ein, wenn der Berechtigte in Bezug auf den Ort der Leistung etwas Willkürliches verlangt.

L. 20. §. 1. D. de operis libert. (38. 1.) „Ex provincia libertum Romam venire debere ad reddendas „operas, Proculus ait; sed qui dies interea cesserint, „dum Romam venit, patrono perire, dummodo patronus, „tanquam vir bonus et diligens paterfamilias, Romae „moraretur, vel in provinciam proficiscatur; ceterum „si vagari per orbem terrarum velit, non esse „injungendam neccessitatem liberto, ubique „eum sequi."

L. 21. ibid. „Operae enim loco edi debent, ubi „patronus moratur, sumtu scilicet et vectura patroni."

Wir sind bereit, die Lieferung unserer schuldigen Reichnisse gegen den Inhalt des Erbbestandbriefes vom 8. Februar 1719 auch fernerhin in die Stadt zu machen, wenn uns die Gutsherrschaft wegen des weiten Weges billig entschädigen wird.

Die Angaben der Gutsherrschaft, daß der Erbbestandbrief in Bezug auf die damaligen Verhältnisse (rebus sic stantibus) errichtet worden sei, und daher keine Entscheidungsnorm über die dermalige Rechtsfrage bilden könne, daß wir ferner auch deßhalb Gült und Erbzins in die

Stadt liefern müßten, weil wir nach dem Erbbestandbriefe alle Gänge, welche den Hof und seine Gerechtsame betreffen, umsonst zu verrichten haben, sind durchaus unhaltbar. Die Klausel; rebus sic stantibus, wenn sie mit Wirkung geltend gemacht werden soll, muß die Veränderung eines Umstandes betreffen, welchen entweder die Natur des Vertrages oder die ausdrückliche Verabredung der Parteien dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag selbst wegfallen würde, was hier nicht anzunehmen ist. Die Bestimmung wegen der Gänge aber kann nicht auf Fuhren ausgedehnt werden.

Wir bitten demnach, indem wir wegen der übrigen Beschwerden Alles dem richterlichen Ermessen anheimstellen: das untergerichtliche Erkenntniß vom 9. März 1828 lediglich zu bestätigen, und die Gutsherrschaft in die Kosten zweiter Instanz zu verurtheilen. ꝛc. ꝛc.

§. 6.

Erkenntniß zweiter Instanz.

Im Namen Seiner Majestät des Königs.

Das königlich baierische Appellationsgericht für den X. Kreis erkennt in der Berufungsache ꝛc. ꝛc. zu Recht:

I) daß das Erkenntniß des königlichen Landgerichtes N. vom 9. März 1828 im zweiten Absaze, so weit es nämlich den Johann Rumpel betrifft, als nichtig aufgehoben, dagegen

II) im ersten Absaze lediglich bestätigt werde, und

III) die Gutsherrschaft verbunden sei, die Kosten zweiter Instanz zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Zu I.

Johann Rumpel ist zwar in der Klage als Einer der Beklagten genannt, allein in der Ladung zur Verhandlungs-Tagfahrt wurde derselbe ausgelassen. Er erschien auch

nicht dabei, und wurde weder zur Verkündung des untergerichtlichen Erkenntnisses noch zur Akten-Inrotulirung geladen, noch ist ihm die Berufungschrift mitgetheilt worden. Demnach mußte der zweite Abschnitt des untergerichtlichen Erkenntnisses nach der Gerichtsordnung Kap. 14. §. 11. Nr. 3 und Kap. 16. §. 2 als unheilbar nichtig aufgehoben werden. Zwar ist das Rechtsmittel der Nichtigkeit nicht ergriffen worden, allein da der Richter für die Vermeidung von Nichtigkeiten schon von Amtswegen zu sorgen hat, auch gegen den zweiten Absaz des untergerichtlichen Erkenntnisses Beschwerde geführt wurde, welche sich ohne Zernichtung dieser Bestimmung nicht heben läßt, so bedarf es für den Oberrichter keiner weiteren Veranlassung.

Zu II.

Nach der Gerichtsordnung Kap. 3. §. 4. Nr. 14 und 15 soll bei einer Häufung des plenarischen Possessoriums mit dem Petitorium von dem ersteren Umgang genommen werden, wenn die Sache sogleich petitorisch entschieden werden kann. Im vorliegenden Falle sind die Rechtsgründe, auf welche die Klage in petitorischer Hinsicht gestüzt wird, von einer solchen Art, daß schon nach dem eigenen klägerischen Vorbringen und nach der dermaligen Aktenlage die Klage als ungegründet abgewiesen werden muß, und folglich braucht in die Frage über den Besizstand gar nicht eingegangen zu werden.

Die Richtigkeit des Vordersazes ergibt sich aus Folgendem:

1) Das Recht, von den Beklagten die Lieferung des Erbzinses und der Gült in die Stadt zu fordern, wird vor Allem auf die Natur der Sache und auf die bestehenden Geseze gegründet. Nun ist es zwar nach der Natur des Erbpachtvertrages sowohl als nach den Gesezen richtig, daß die schuldigen Leistungen der Regel nach an den Siz der Gutsherrschaft oder in die Wohnung des Gläubigers gebracht werden müssen, allein diese Regel leidet eine Ausnahme, wenn etwas Anderes vertragsmäßig festgesezt ist.

Beck de jure emphyteut. cap. 10. §. 3. L. 9. D. de eo, quod certo loco. (13. 4.)

Eine solche vertragsmäßige Bestimmung enthält der Erbbestandbrief vom 8. Februar 1719, welcher von beiden Theilen als verbindlich anerkannt ist; das von der Gutsherrschaft in Anspruch genommene Recht muß daher nach diesem Erbbestandbriefe beurtheilt werden.

2) Die einschlägige Bestimmung dieser Urkunde spricht gegen die Gutsherrschaft; denn in Nr. 3 ist festgesezt, daß die Beklagten schuldig seien, Erbzins und Gült gegen Reichung der Kost nach Föhreneck oder sonst in dieser Weite des Weges ohne Kost zu liefern.

3) Die von der Gutsherrschaft entgegengesezte Einwendung, daß die angeführte Stelle des Erbbestandbriefes sich lediglich auf die damaligen Verhältnisse beziehe, wo der Siz der Gutsherrschaft zu Föhreneck sich befunden habe, verdient keine Rücksicht, weil durch den Beisaz: „oder sonst in dieser Weite des Weges" für den Fall einer Veränderung der Verhältnisse Vorsorge getroffen ist, und die Weite des Weges für die Hofbauern auf jeden Fall festgesezt wurde.

4) Zwar beruft sich die Gutsherrschaft zur Begründung ihres angemaßten Rechtes auch noch auf Nr. 6 des Erbbestandbriefes; allein dieser spricht blos von Gängen, welche die Hofbauern in allen Angelegenheiten, die den Hof und seine Gerechtsame betreffen, ohne Lohn und umsonst zu verrichten haben, und zwar von Botengängen; diese Verbindlichkeit begreift nicht einmal das Tragen von Lasten, viel weniger die Leistung von Fuhren in sich.

Struben, rechtliche Bedenken. Th. 4. Bed. LXXXV.

5) Was endlich die Verjährung betrifft, auf welche sich die Gutsherrschaft beruft, so ist zwar von den Beklagten eingestanden, daß sie seit 10 bis 20 Jahren die Lieferung in die Stadt gemacht haben, und aus dieser so lange Zeit hindurch gleichmäßig fortgesezten Leistung mögte ein Besizstand für die Gutsherrschaft gefolgert werden können, allein die Verjährung der langen Zeit fordert jeder-

zeit einen Rechtstitel, und bei der Verjährung der längsten Zeit ist die Nachweisung eines solchen Titels lediglich deßwegen nicht erforderlich, weil das Vorhandensein desselben aus dem so langjährigen Besitze vermuthet wird. Diese Vermuthung fällt hinweg, wenn ein Rechtstitel für den gegentheiligen Zustand vorhanden ist. In diesem Falle hat derjenige, welcher eine Verjährung geltend machen will, die Vermuthung gegen sich, und muß seines 30- oder 40jährigen Besitzstandes ungeachtet einen Rechtstitel eben so nachweisen, wie bei der Verjährung der langen Zeit.

Cap. 1. de praescript. in 6to. (2. 13.) „Ubi tamen „est ei (qui rem praescribit ecclesiasticam) jus commune „contrarium vel habetur praesumtio contra ipsum, bona „fides non sufficit, sed est necessarius titulus, „qui possessori causam tribuat praescribendi; nisi tanti „temporis allegetur praescriptio, cujus contrarii memo„ria non existat.“

Den Beklagten steht dafür, daß sie nur nach Föhreneck oder in dieser Weite des Weges zu liefern haben, ein ausdrücklicher Vertrag zur Seite. Um demnach gegen dieselben die Lieferung auf die größere Weite in die Stadt durch Verjährung zu erwerben, ist nicht hinreichend, daß die Lieferung 30 oder 40 Jahre lang in die Stadt gemacht wurde, sondern es wird das Dasein eines Rechtsgeschäftes erfordert, durch welches für die Gutsherrschaft gegen den Inhalt des Vertrages ein ausgedehnteres Recht erworben werden könnte. Das Dasein eines solchen Rechtsgeschäftes wurde von der Gutsherrschaft nicht behauptet, und die in der Berufungschrift gemachten Versuche, einen Rechtstitel aus den vorgebrachten Sachverhältnissen abzuleiten, sind gänzlich mislungen. Denn:

a) Sollte eine stillschweigende Uebereinkunft angenommen werden können, so müßte von dem klagenden Theile eine solche Handlung angeführt worden sein, aus welcher auf eine unzweideutige Art der Wille der Gutsherrschaft entnommen werden könnte, daß die Erbzins- und Gültlie-

ferung für die Zukunft jedesmal in die Stadt gemacht werden soll, und auf Seite der Beklagten müßten Handlungen vorliegen, aus welchen eben so unzweideutig ihr Wille erhellte, sich diese verlangte Lieferungsart für alle Zukunft gefallen zu lassen. Die von der Gutsherrschaft in dieser Beziehung angeführten Handlungen beschränken sich lediglich darauf, daß die Beklagten längere Zeit in die Stadt geliefert haben, und daß ihnen dagegen jedesmal die Kost gereicht wurde; hieraus läßt sich aber nichts Anderes ableiten, als daß dem jedesmaligen guten Willen der Hofbauern mit einem ebenmäßigen guten Willen von Seite der Gutsherrschaft begegnet wurde; die Festsezung eines neuen dauernden Rechtsverhältnisses ergibt sich hieraus keineswegs, und am allerwenigsten auf jene unzweideutige Art, wie sie die Geseze besonders in dem Falle fordern, wenn neue rechtliche Beschränkungen eintreten sollen.

β) Der Titel: pro suo ist auf den Besitz der Gutsherrschaft nicht anwendbar, weil derselbe jedesmal eine Handlung voraussezt, durch welche das Eigenthum oder ein Recht übertragen werden kann.

L. 1. D. de usurp. et usucap. pro suo. (41. 10.) Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. Bd. 1. §. 101. S. 352.

6) Wenn demnach auch wirklich angenommen werden müßte, oder nachgewiesen werden könnte, daß die Gutsherrschaft sich innerhalb der Verjährungszeit im Besize des angesprochenen Rechtes befunden, und daß sie sich die Lieferungen in die Stadt in gutem Glauben habe machen lassen; so würde es dennoch ohne rechtliche Wirkung sein, weil, wie gezeigt worden ist, der erforderliche Rechtstitel mangelt. Dieser Mangel kann auch nicht im Beweisverfahren gehoben werden, weil nichts zum Beweise ausgesezt werden darf, was nicht behauptet worden ist.

7) Von einer unvordenklichen Verjährung kann keine Rede sein, weil nach dem eigenen Vorbringen der Gutsherrschaft ein früherer Zustand bekannt ist, welcher von dem in der lezten Zeit bestandenen verschieden war.

8) Der vor der Klage erhobene Zeugenbeweis muß eines Theils schon in formeller Rücksicht unberücksichtigt bleiben, (Gesez vom 22. Juli 1819 §. 16, und Gönner, Kommentar hierzu, S. 228.) andern Theils ist derselbe nach dem unter Nr. 5 und 6 Gesagten unerheblich.

Die gegen den ersten Absaz des untergerichtlichen Erkenntnisses erhobene Beschwerde ist daher ungegründet, und die gegen den zweiten Absaz geführten beiden andern Beschwerden fallen wegen Aufhebung desselben von selbst hinweg.

Zu III.

Die Kosten zweiter Instanz hat die Gutsherrschaft allein zu tragen, weil eines Theils ihre Berufung ungegründet ist, und Rumpel, welcher in der Sache gar nicht gehört wurde, in keine Kosten verurtheilt werden kann.

W. am 11. Dezember 1828.

Königlich baierisches Appellationsgericht für den X. Kreis. ꝛc. ꝛc.

(Siegel.)

§. 7.

Oberberufung des klagenden Theils.

Allerdurchlauchtigster, grosmächtigster König! allergnädigster König und Herr!

Durch das appellationsgerichtliche Urtheil vom 11. Dezember 1828 findet sich die Gutsherrschaft beschwert, und ergreift daher das Rechtsmittel der Oberberufung.

Die Förmlichkeiten sind in Ordnung. ꝛc. ꝛc.

In der Hauptsache sind die Beschwerden folgende:

I) daß das Erkenntniß des königlichen Landgerichtes N. vom 9. März 1828 im zweiten Absaze, so weit es nämlich den Johann Rumpel betraf, als nichtig aufgehoben, dagegen

II) im ersten Absaze lediglich bestätigt, und

III) die Gutsherrschaft in die Kosten verurtheilt wurde.

Diese Beschwerden werden durch die nachfolgende Ausführung gerechtfertigt.

Zu I.

Ob in Bezug auf Johann Rumpel der Mangel der Ladung eintrete, muß aus dem gerichtlichen Insinuationsbuche ersichtlich sein, worauf sich die Gutsherrschaft beruft. Auf allen Fall war aber hier der Richter nach vaterländischen Gesezen nicht befugt, von Amtswegen die Nichtigkeit auszusprechen. Unsere Gerichtsordnung gestattet nirgends, von Amtswegen auf Nichtigkeit zu erkennen, sie sezt vielmehr im Kap. 16. §. 2. Nr. 3 ausdrücklich die klags- oder exzeptionsweise Anfechtung voraus. Da nun eine solche Anfechtung von Seite Rumpels nicht vorliegt, so darf ihm die von dem Geseze bewilligte Rechtswohlthat nicht aufgedrungen oder nachgetragen, und das untergerichtliche Urtheil nicht als nichtig aufgehoben werden. Selbst ein Anfangs nichtiges Urtheil kann durch Anerkenntniß der Partei giltig werden, weil im bürgerlichen Prozesse Alles auf dem Grundsaze des Verzichtes beruht. Uebrigens wird hier, um Wiederholungen zu vermeiden, auf dasjenige zurückgewiesen, was in der Berufungschrift unter B und C schon vorgebracht wurde, und welches Alles nicht widerlegt worden ist.

Zu II.

1) Das königliche Appellationsgericht stellt die Behauptung auf: die Gerichtsordnung, Kap. 3. §. 4. Nr. 14, verordne, es solle bei einer Häufung des plenarischen Possessoriums mit dem Petitorium von dem ersteren in der Hauptsache Umgang genommen werden, wenn die Sache sogleich petitorisch entschieden werden könne, und es folgert also, daß hier auf den Besizstand nicht einzugehen sei. Behauptung und Folgerung sind völlig unrichtig. Die Gerichtsordnung a. a. O. bestimmt zwar: daß bei erfolgendem petitorischen Spruche von dem Possessorium im Hauptwerke allezeit abstrahirt werden solle, allein sie sezt nicht, wie das königliche Appellationsgericht vermeint,

fest, daß allezeit petitorisch gesprochen werden solle, wenn das Petitorium nebst dem Possessorium vollständig instruirt ist. Dies ist ein sehr bedeutender Unterschied. Nach der Gerichtsordnung ist es in solchen Fällen nicht verboten, das Possessorium zu berücksichtigen, sondern nur dann, wenn petitorisch gesprochen wird. Unter welchen Voraussezungen aber bei einer Häufung des plenarischen Possessoriums und des Petitoriums nur in dem einen oder andern allein zu sprechen sei, ist nach andern Grundsäzen zu bemessen, die hier sogleich angedeutet werden sollen.

a) Bekanntlich ist der Antrag der Partei die Richtschnur für den erkennenden Richter; über denselben hinaus darf er seinen Spruch nicht erlassen. In dem gegenwärtigen Falle war vor Allem auf Besitz (possessorisch) geklagt, das Petitorium wurde blos eventuell zu Handen genommen. Der Sinn einer solchen eventuellen Häufung ist immer nur der, daß der Richter erst dann petitorisch erkennen möge, wenn die klagende Partei nicht possessorisch obsiegen könne. Diese eventuelle Häufung wird auch von der Gerichtsordnung, Kap. 3. §. 4. Nr. 3 ausdrücklich gestattet, und nach Nr. 8. a. a. O. sollen die possessorischen Gründe nur dann außer Acht bleiben, wenn das Petitorium allein von der Partei ergriffen ist. Der Besizstand der Gutsherrschaft war, wie in der Berufungsschrift sonnenklar gezeigt ist, vollkommen hergestellt und zugestanden; das königliche Appellationsgericht mußte sie daher auch im Possessorium für die Siegerin erkennen, und von dem Petitorium abstrahiren, weil nach der Klagebitte, den Akten und der Gerichtsordnung der Fall nicht gegeben war, petitorisch zu sprechen, und das Possessorium zu umgehen. Wäre die Gutsherrschaft mit dem Possessorium nicht aufgekommen, dann erst hätte das königliche Apellationsgericht, ihrem gestellten eventuellen Antrag zufolge, petitorisch erkennen und die possessorischen Gründe unberücksichtigt lassen können, ausgenommen was die Früchte und Auslagen betrifft.

Anmerk. über die Ger. Ord. a. a. O. p.

3) Bei diesen Umständen wäre es gar nicht nöthig, auf den Rechtstand (das Petitorium) einzugehen, sondern es könnte auf den Sieg im Besitzstande bestanden werden; allein um nichts zu versäumen, und dem Eventual-Grundsaze vollkommen zu genügen, sollen die Gründe, aus welchen das königliche Appellationsgericht die Sachfälligkeit des klagenden Theiles im Petitorium ableitet, widerlegt werden.

4) Daß nach der Natur des Erbpachtes und nach den Gesezen die schuldigen Leistungen der Regel nach an den Siz der Gutsherrschaft oder in die Wohnung des Gläubigers gebracht werden müssen, hat das königliche Appellationsgericht selbst zugestanden. Dies wird als sachdiensam angenommen, und in der Folge noch (bei Nr. 8.) weiter benüzt werden.

5) Es kömmt nur darauf an, ob zwischen den Parteien ein Anderes festgesezt worden ist. Der Erbbestandbrief ist in diesem Punkte nicht anwendbar, und bedingt den Ort der Lieferung nicht. Dieser Brief wurde, wie schon erwähnt, nur in Rücksicht auf die damaligen Verhältnisse, und namentlich auf die gräfliche Familie, so wie ihren zu Föhreneck befindlich gewesenen Siz, gefertigt. Nun bestehen aber diese Verhältnisse nicht mehr, die Gutsherrschaft ist eine andere, der Hof und Ansiz sind in der Stadt, die deßfallsigen alten Vertragsbestimmungen fallen also zusammen, nach dem Grundsaze: cessante ratione contractus cessat contractus ipse. Das königliche Apellationsgericht glaubt zwar durch den Beisaz: „oder sonst in dieser Weite des Weges“ sei für den Fall einer Veränderung der Verhältnisse Sorge getroffen, und die Weite des Weges für die Lieferungspflicht der Hofbauern festgesezt worden, allein mit Ungrund. Dieser Beisaz kann wieder nur in Bezug auf die damaligen Verhältnisse gedeutet werden. Die damalige Gutsherrschaft begnügte sich jedesmal mit dieser Bestimmung, da ohnehin die Wohnsize der Bauern von ihrem Size nicht entfernt lagen, nun aber sind alle diese Umstände geändert. Nebstdem sind auch die Beklag-

ten nach Nr. 6 des Erbbestandbriefes zu allen Gängen an den Hof verbunden, und es versteht sich von selbst, daß sie dabei den Zweck des verlangten Ganges leisten müssen. Der in zweiter Instanz zu Hilfe gerufene Struben (rechtl. Bedenken. Th. 4. Bed. LXXXV.) kann hier keinen Ausschlag geben, da er lediglich die Meinung der keineswegs unfehlbaren hannöverischen Justizkanzlei in einer der juristischen Logik noch nicht völlig gewachsenen Zeit (1770) anführt, und sich noch dazu auf ein hier nicht anwendbares Gesez, nämlich auf die Dienstordnung des Stiftes Hildesheim, beruft.

6) Ohne hierüber weitere Worte zu verlieren, wird auf die Verjährung übergegangen, wodurch das Recht der Gutsherrschaft außer allen Zweifel gesezt wird. Die Bauern haben derselben einen 10 bis 20jährigen Besizstand der Ablieferung in die Stadt eingeräumt, das Recht ist also durch Verjährung nach L. 12. C. de praescript. long. temp. (7. 33.) ersessen. Bereits in der Berufungschrift wurde gezeigt, daß alle Erfordernisse einer solchen Verjährung vorhanden sind. Das königliche Appellationsgericht bezweifelt das Dasein eines Titels; allein vordersamst steht der Gutsherrschaft der Titel stillschweigenden Vergleiches oder Uebereinkommens zur Seite; denn ein solcher muß angenommen werden, wenn so lange Zeit hindurch Grundholden ohne Widerrede das Interesse des Ortes leisten, sich dafür Vergütung reichen lassen, und von früheren Vertragsbestimmungen keinen Gebrauch mehr machen. Das königliche Appellationsgericht irrt sehr, wenn es daraus nichts Anderes ableiten zu können glaubt, als daß dem jedesmaligen guten Willen der Bauern mit einem ebenmäßigen guten Willen von Seite der Gutsherrschaft begegnet worden wäre; bei dieser Folgerung läßt es sich den Fehler zu Schulden kommen, einen guten Willen (Prekarium) oder eine Freigebigkeit zu vermuthen, was nach der Natur der Sache und nach ausdrücklichen Gesezen nicht angeht.

L. 15. §. 4. D. loc. cond. (19. 2.) L. 25. pr. D. de prob. (22. 3.) Cap. 6. X. de donat. (3. 24.)

Da ist schon gewiß kein guter Wille mehr vorhanden, wo man Vergütung annimmt, und da diese Einrede auch nicht sogleich durch Anführung bestimmter und in die Sinne fallender Umstände begründet und substanzirt worden ist, so kann sie gar keine Rücksicht ansprechen. Denn möglicher Weise ist sie nicht einmal zu einer Beweisauflage geeigenschaftet, weil der nakte gute Wille an sich etwas Innerliches und nicht Erkennbares, sohin kein Gegenstand der Beweisführung ist.

7) Nebstdem tritt hier der allgemeine Titel: de usurp. et usucap. pro suo (Dig. lib. 41. tit. 10.) ohne Zweifel ein, und man weiß nicht, wie die angeführte L. 1. pr. D. pro suo entgegenstehen soll. Man vergleiche vielmehr:

L. 3. eod. „Ipsa traditio" (also analog auch praestatio) „ex causa, quam veram existimo, suffícit ad „efficiendum, ut, id, quod mihi traditum (praestatum) „est, pro meo possideam."

L. 5. eod. „Usucapio rerum etiam ex aliis causis „concessa interim propter ea, quae nostra existimantes „possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis „esset."

Der Titel: pro suo ist ein allgemeiner, der da eintritt, wo andere fehlen, und, von den Gesezen begünstigt, ohne große Schwierigkeit angenommen wird, „ut aliquis litium finis esset."

8) Endlich liegt auch hier in der gesezlichen Bestimmung, daß der Schuldner dem Gläubiger die Leistung in das Haus bringen muß, ein Titel. Denn da Titel der Grund ist, auf welchen der Verjährende seinen Besiz stüzt, und jeder Rechtsaz, so wie jedes Gesez, einen solchen Grund abgeben kann, so kann auch dadurch jedesmal ein Titel gebildet werden.

Schweppe röm. Privatrecht. (Altona. 1819.) §. 249.

9) Daß bei der Verjährung längster Zeit kein Titel nöthig sei, wird von dem königlichen Appellationsgerichte selbst eingeräumt, und zwar aus dem Grunde, weil dessen Dasein aus dem so langjährigen Besize vermuthet werden

soll. Dieser Grund kömmt jedoch im römischen Rechte nicht vor, nach der Natur der Sache aber erläßt das Gesez deßwegen hier den Titel weil die Verjährung um so mehr begünstigt wird, auf je längeren Zeitraum sie sich gründet, „ut aliquis litium finis esset.“ Das von dem königlichen Appellationsgerichte angeführte Cap. 1. de praescript. in 6to (2. 13.) ist hierher gar nicht anwendbar, denn es spricht nur von Verjährung einer kirchlichen Sache, Sachen der Kirchen aber sind bevorrechtet, und die bei ihnen geltenden Grundsäze der Verjährung finden daher auf weltliche Sachen keine Anwendung. Ohnehin kann der Erbpachtvertrag den Gegnern keinen Titel wider die Verjährung geben, weil dieser Vertrag selbst Gegenstand der Verjährung ist.

10) Das königliche Appellationsgericht konnte nicht widerlegen, daß ein unvordenklicher Besiz gegen die Beklagten anzunehmen sei, und dieser Besiz befreit bekanntlich von den Erfordernissen der gewöhnlichen Verjährung. Die Beklagten haben einen unvordenklichen Besiz eingestanden, und nach den Grundsäzen über Verzicht und Geständniß muß also auch gegen sie ein solcher angenommen werden. Hierzu kömmt auch noch der Zeugenbeweis, welcher aber nicht nach §. 16 des Gesezes vom 22. Juli 1819 als antizipirter, sondern als vor Rechtshängigkeit der Sache gepflogene Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nach der Gerichtsordnung Kap. 3. §. 5. Nr. 4, wonach der Besizbeweis zuvörderst gestellt werden muß, zu beurtheilen ist *). Die übrigen Anstände gegen das Zeugenverhör sind schon widerlegt.

11) Nochmals wird hier bemerkt, daß ein Verhältniß zwischen Grundherrn und Grundholden in Frage ist; es handelt sich hier nicht um eine wahre römische Dienstbarkeit, welche nach L. 15. §. 1. D. de servit. (8. 1.)

---

*) Ueber den Zeugenbeweis bei Klagestellung auf Schuz im jüngsten Besize vgl. diese Rechtsfälle Bd. 1. Nr. XII. S. 356 — 360.

nie im Leisten bestehen kann, allein es mögte sich doch die Analogie rechtfertigen, wie bei den Dienstbarkeiten keinen Titel zu erfordern, weil denn doch über Lasten aus dem Grundbarkeitsverbande gestritten wird.

Zu III.

Da nach der ganzen vorhergeschickten Ausführung die Sachfälligkeit der Gutsherrschaft nicht zu Recht bestehen kann, so fällt ihre Verurtheilung in die Kosten ohnehin weg.

Demnach wird nochmals die ganze Berufungschrift anher wiederholt, und gebeten: abändernd zu erkennen, die Gutsherrschaft sei gegen sämmtliche Beklagte im Besize des Rechtes auf Ablieferung der Reichnisse in die Stadt zu schüzen, eventuell: dieselben seien rechtlich verbunden, ihre Reichnisse gegen Verabreichung der Kost in die Stadt zu liefern, und der Gutsherrschaft alle Transport- und übrigen Schäden, so wie die Kosten der drei Instanzen zu vergüten. rc. rc.

§. 8.

Erkenntniß dritter Instanz.

Seine königliche Majestät

erkennen in Sache rc. rc. zu Recht, und bestätigen das Erkenntniß des königlichen Appellationsgerichtes für den N. Kreis vom 11. Dezember 1828 aus den demselben nachgesezten Entscheidungsgründen, und um so mehr, als die Bestimmung des Erbbestandbriefes vom 8. Februar 1719 Nr. 3. von der freiherrlichen Gutsherrschaft am 28. September 1802 bestätigt und erneuert wurde. Leztere hat die Revisionskosten und eine Succumbenz-Taxe von zehn Thalern zu zahlen.

München am 24. April 1830.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Baiern.

v. Ritter.

(Siegel.) Sekr. Frankl.

§. 9.

§. 9.

Schlußbemerkungen.

Man kann sich wirklich eines unangenehmen Gefühles, einer gerechten Misbilligung nicht enthalten, wenn man erwägt, wie das oberste Gericht des Königreichs einen so nakten, gründeleeren Spruch erließ, nachdem doch die Partei gegen die Entscheidungsgründe der vorigen Instanz, Gebrauch machend von der Bestimmung der Ger. Ord. Kap. 15. §. 5. Nr. 8, eine Menge Zweifel erhoben und Rechtsansichten ausgeführt hatte. Gewiß hätte man Erörterungen darüber verlangen können: ob mit Recht von Amtswegen eine Nichtigkeit ausgesprochen wurde; ob von dem Possessorium, welches nur eventuell mit dem Petitorium gehäuft war, zum Nachtheile des klagenden Theiles Umgang genommen werden durfte; besonders auch: ob und warum die Bestätigung und Erneuerung des Erbbestandbriefes die Verjährung unmöglich machen soll, u. dgl. Von diesem Allen ist keine Rede, und der Verordnung vom 23. April 1813 (Reg. Bl. St. XXIV. S. 562.) über die Fassung der Entscheidungsgründe ist ganz entgegen gehandelt; ja sogar die Verfassungs-Urkunde Tit. VIII. §. 2 ist beeinträchtigt, indem nach Vorschrift derselben alle Gerichtstellen verbunden sind, ihren Urtheilen Entscheidungsgründe beizufügen, das königliche Ober-Appellationsgericht hat aber diese ihm obgelegene Beifügung unterlassen, sich blos auf die angefochtenen Entscheidungsgründe der vorigen Instanz bezogen, eine selbständige Kraft nicht bethätigt, und die ganze Anfechtung nicht widerlegt.

„Entscheidungsgründe," heißt es in dem zu Würzburg erscheinenden baierischen Volksblatte (Jahrg. 1830. Nr. 18. S. 325.), „müssen mit Sorgfalt gearbeitet sein. Der Richter soll damit nicht blos einiges Oberflächliche zur nothdürftigen Unterstüzung seines Ausspruches „hinwerfen, er soll vielmehr dadurch lezteren nach allen Beziehungen rechtfertigen, Einwürfe gründlich widerlegen, „Alles durch Geseze, Schlüsse und wissenschaftliche Grund-

„säze nachweisen, und die Parteien lebendig zu „überzeugen suchen, daß Recht gesprochen sei. „Dadurch wird vielen Berufungen vorgebeugt, den höhern „Instanzen gründlich vorgearbeitet, und der praktische, wie „der wissenschaftliche Sinn bewahrt werden. „„Kurz sol„„len die Entscheidungsgründe sein!““ rufen ungeberdig „Viele unserer Richter; wir kennen den Ruf, er heißt mit „andern Worten: „„bequem wollen wir es uns machen, „„was geht uns die Ueberzeugung der streitenden Theile „„an!““ Schwülstige Weitläufigkeit, eitles Auskramen „breiter pedantischer Gelehrsamkeit, Abschweifungen in Ne„bendinge ꝛc. ꝛc. müssen verbannt bleiben, allein immer „sollen Entscheidungsgründe ihren Gegenstand entschöpfen. „Obergerichte besonders müssen sich darin durch gediegenere „Meisterschaft und eine gewandte Gelehrsamkeit hervorthun, „von ihnen, als Repräsentanten der höheren Intelligenz in „der Rechtspflege, hofft und erwartet das Volk mit Recht „Musterhaftes. Es ist oft betrübend, wie wenig man „sich Mühe gibt, Rechtswahrheiten logisch zu entwickeln, „und sie in Gesez und Wissenschaft zu begründen, wie „man nakte hinfällige Meinungen in die Welt hinausschickt, „unbesorgt, ob man damit die Partei ihres Rechtes oder „Unrechtes belehre, und wie selbst das königliche „Ober-Appellationsgericht des Reichs, anstatt „die in seiner Instanz vorgebrachten Gründe „zu würdigen und zu besprechen, sich in verderb„licher Eile und Oberflächlichkeit auf die Gründe „voriger Instanzen lediglich beruft. Dies *) „beurkundet eine Nachläßigkeit, ein sogenanntes Haudern „und einen Mangel an Wissenschaftlichkeit, Gediegenheit „und an Streben nach lebendiger Ueberzeugung der Par„teien von Recht und Unrecht, welche in der innersten „Brust wehe thun.“

Da in der dritten Instanz auf eine Succumbenztaxe von zehn Thalern erkannt wurde, so führe ich hier

*) Volksbl. Nr. 17. S. 311.

zur Beherzigung von der Gesezgebung eine weitere Stelle des Volksblattes (Nr. 18. S. 326—327) an: „Die „Succumbenzgelder sind in der That eine auch dem Nicht-„juristen einleuchtende Ungerechtigkeit. Es ist kein Rechts-„grund zu finden, warum jede Partei, welche in der „dritten Instanz unterliegt, ohne Rücksicht auf muth-„willige Streitsucht, nebst den gesezlichen Taxen und „Sporteln auch noch für ihr Unterliegen (Succum-„benz) die Börse leeren soll *). Wir hören wohl den „Beschönigungsgrund: — die muthwillige Streitsucht „soll dadurch beschränkt werden; allein auch die rechtmä-„ßige Verfolgung gegründeter Befugnisse wird dadurch „erschwert, sobald (was nicht selten ist) das materielle „Recht den Formen des Prozesses oder den Irrthümern „der Richter weichen muß, und gewiß erwirbt sich die „Staatsregierung kein Verdienst, wenn sie es dahin bringt, „daß die Parteien aus Furcht vor Kosten die Gerichte „fliehen, und sich gewisser Maßen in Rechtlosigkeit versezt „sehen. Die Rechtsverfolgung muß in einem gut regierten „Staate auf alle Weise erleichtert sein, und nur gegen „den Misbrauch darf es Dämme geben. Wenn die Pro-„zesse, wie in Frankreich, durch unerschwingliche Kosten „gewaltsam vermindert werden, so hat man gar nicht nö-„thig, sich darauf etwas einzubilden, indem solchen Maß-„regeln eine wahre Barbarei zu Grunde liegt, die nur den „Reichen die gerichtliche Hilfe zukommen läßt, denen aber, „die nicht in einem solchen Grade dürftig oder gedemüthigt „sind, um das Armenrecht zu erlangen, den gepriesenen „Pfad Rechtens verrammelt. Selbst die wohlthätige Ver-„wendung der Succumbenzgelder für die Armenkassen ändert „nichts; wir sind nicht jesuitisch genug, um zu glauben, „daß der Zweck die Mittel heilige, und verargen es dem „seligen Krispinus, daß er dem Dürftigen Schuhe aus ge-„stohlenem Leder fertigte. Ist einmal das Recht der dritten

*) Vgl. die Verord. v. 24. Mai 1809. Reg. Bl. v. 1809. St. XXXVI. S. 812.

„Instanz gesezlich begründet, so kann der Weg zu dieser „Instanz rechtlich weder untersagt, noch durch Geldstrafen „erschwert werden; bei der Fehlbarkeit aller Ober-Appel-„lationsräthe der ganzen Erde und bei der Zweifelhaftig-„keit vieler Rechtsfälle ist auch das Unterliegen in höchster „Instanz kein Beweis eines strafbaren Misbrauchs der „Revision, denn eine Partei muß ja doch unterliegen; „wo aber wirklich ein Misbrauch vorliegt, kann man mit „Frivolitätstrafen einschreiten *).“

*) Vgl. Götz im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 5. Abh. IV. S. 121 u. f.

X.

Rechtsfall aus dem Gebiete des Wechselrechtes.

Von

Dr. A. J. Warmuth

zu Würzburg.

§. 1.

Einleitung. Klage. Vernehmlassung auf die Klage. Widerklage.

Die Handelsleute Johann Anton M. und Söhne zu Frankfurt am Main standen mit dem Handelsmanne Andreas O. in Würzburg in mehrfacher Geschäfts-Verbindung, in deren Folge ihnen O. 2876 Rthlr. 37 kr. schuldig geworden sein soll.

Da sie öfterer Aufforderungen ungeachtet zu ihrer Befriedigung nicht gelangen konnten, so erhoben sie am 13. Mai 1811 bei dem großherzoglichen Stadtgerichte Würzburg Klage, legten derselben einen Contocurrent bei, und stellten die Bitte: den Beklagten zur Zahlung dieser 2876 Rthlr. 37 kr., sowie zum Ersaze der verursachten Kosten, anzuhalten.

Nach mehrfachen Fristverlängerungen gab der Beklagte folgende Vernehmlassung ab:

„Die Kläger gründeten ihre Klage auf einen Contocurrent, in welchem dieselben unter Pos. 19. einen indossirten Wechsel auf London zu 280 Pfund Sterling aufge-

führt, und die Zinsen zu 6 Prozent vom 31. Dezember 1804 bis hierher berechnet hätten.

„Allein dieser indossirte Wechsel sei in London nicht acceptirt, sondern mit Protest zurückgewiesen worden, welches er den Klägern auch sogleich notifizirt habe. Ja, er habe später erst in Erfahrung gebracht, daß der fragliche Wechsel, den er in Abschrift hier beilege *), selbst unächt

---

*) Der Wechsel lautet:

Genova a 8. Dec. 1804. Per L. 280 St.
Ad uso pagate per questa Prima di Cambio al ordine mio Lire due cento ottanta Sterline effective, Valuta in me medesimo e ponete come vi si avisa. Addio.
G. Francesco M. Duca di Grimaldi
Al. Sig. Allessandro Aubert
Londra
al bes. Doxat et Divett.
au bes. chez Mr. Bartois.
P. me all. ordine S. P. de Carlo Gazzana.
Franc. Duca di Grimaldi.
P. me all. ordine S. P. Bignanni et Co.
Genova ut retro.
Carlo Gazzana.
P. me all. ord. S. P. Carli et Co., Valuta in Conto.
Milano le 15. Dec. 1804.
Bignanni et Co.
P. me all ord. Wolf Salomon, Valuta in Conto.
Augusta le 28. Dec. 1804.
Carli et Co.
Payez à l'ordre de Mr. J. A. M... et fils valeur reçu.
Wolf Salomon.
Payez à l'ordre de Mr. André O.........
valeur en compte.
Francfort 31. Dec. 1804.
J. A. M...... et fils.
Payez à l'ordre de Mr. Jarmann et Co.
valeur en compte.
Wurzbourg 18. Fev. 1804.
André O.........

und falsch, auch von dem Herzoge Franz von Grimaldi nicht eigenhändig ausgestellt und unterschrieben sei, weßwegen auch die Acceptation desselben auf jeden Fall verweigert worden.

„Da nun dieser Wechsel nicht acceptiret worden, theils an und für sich falsch sei, er auch auf jeden Fall die verrechnete Summe nicht erhalten habe, so seien die Kläger schuldig, diesen Wechsel, zu dessen Restituirung er sich öfters erboten, ja welchen er mehrmals an die Kläger zur Zurücknahme übersendet habe, wieder anzunehmen und einzulösen, und er sei berechtiget, seinen Regreß gegen die Kläger als nächste Indossanten zu nehmen, und resp. den ungiltigen Wechsel ihnen zu remittiren.

„Es sei also die jenseitige Klage ganz ungegründet.

„Eventuell stünden die Kläger mit ihm in dem Verhältnisse als Kommissionäre gegen den Kommittenten in Rücksicht auf Wechselgeschäfte.

„Die Kläger hätten auf seine Rechnung Wechsel eingekauft, als Kommissionäre ihre Provision berechnet, und müßten also, da sie eine schlechte Waare, einen ungiltigen Wechsel, der überdies nicht acceptirt worden, auf seine Rechnung eingekauft hätten, ihn entschädigen, d. h. in dem vorliegenden Falle, da er die Valuta nicht bezahlt habe, sondern erst die Acceptation des Wechsels abwarten gewollt, den Wechsel zurücknehmen, oder, was gleichviel sei, den Betrag des Wechsels nebst Zinsen vom 31. Dez. 1804 an ihn vergüten, worauf er hiermit eventuell im Wege der Widerklage antrage. Er bitte, die Kläger nebst Verurtheilung in die Kosten abzuweisen, und zur Vergütung des fraglichen Wechselbetrages nebst Zinsen resp. zur Zurücknahme des Wechsels anzuhalten."

§. 2.

Replik hinsichtlich der Klage und Vernehmlassung hinsichtlich der Widerklage.

Die Kläger replizirten auf die Klage und gaben

ihre Vernehmlassung auf die Widerklage in folgender Art ab:

„Der Beklagte habe in seiner Vernehmlassung den Empfang des fraglichen Wechsels auf London eingestanden, sohin sei ihre Klage gerechtfertiget.

„Wenn Beklagter angebe, der Wechsel sei in London nicht acceptirt, sondern mit Protest zurückgewiesen worden, so müsse er erst den Protest vorlegen, und dadurch nachweisen, daß er zur gehörigen Zeit zur Acceptation präsentirt worden sei; — könne er dieses nicht, so müsse seine Einwendung unberücksichtiget bleiben.

„Die weitere Angabe, daß der fragliche Wechsel unächt und falsch sei, bleibe widersprochen; — da der Beklagte dessen Präsentation vor der Verfallzeit nicht nachweisen könne, so sei er als Wechsel-Innhaber auch den Betrag desselben schuldig, und könne mit dessen Rücksendung in Natur seine Schuld nicht bezahlen, weil der bei ihm verfallene und vor der Verfallzeit bei ihm nicht protestirte Wechsel keinen Werth habe.

„Eben so müsse als widersprochen angesehen werden, daß hinsichtlich der Wechselgeschäfte die Kläger sich zu dem Beklagten in einem Kommissionär-Verhältnisse befunden hätten.

„Wie nun aus einer solchen absurden Behauptung der Gegentheil eine Widerklage bilden möge, lasse sich gar nicht einsehen, da hierzu alles Recht und aller Grund fehlten; denn woher sollten eine Entschädigungs-Forderung und Entschädigungs-Verbindlichkeit sich ableiten lassen, da Beklagter und Widerkläger den fraglichen Wechsel gehabt, und denselben während seines Besizes habe unnüz werden lassen, so daß sie sich lediglich an dem Beklagten und Widerkläger noch erholen müßten, nachdem ihnen durch dessen Verschulden der Regreß an ihren nächsten Giranten abgeschnitten sei!

„Unter Widerspruch alles Gegnerischen werde daher rücksichtlich der Vorklage zum Urtheile beschlossen, rücksichtlich der Widerklage aber um deren Abweisung und Verur-

theilung des Widerklägers zum Ersaze der Kosten beider Klagen gebeten."

§. 3.

Duplik hinsichtlich der Klage und Replik hinsichtlich der Widerklage.

Der Beklagte duplizirte auf die Klage und replizirte auf die Widerklage:

„Die Kläger hätten ihre Klage nicht auf einen Wechsel, sondern auf einen angeblichen Contocurrent gegründet. — Es trete also im vorliegenden Falle weder die rechtliche Beurtheilung eines Wechsel- noch eines Exekutiv-Prozesses ein, sondern wenn die Kläger ihre Klage begründen wollten, so müßten sie vorerst darthun, daß ihm ein vollgiltiger Wechsel eingehändiget, und daß ihm der Werth desselben von dem Trassaten wirklich ausgehändiget worden sei; — allein dies würden die Kläger nie beweisen können. Der fragliche Wechsel sei ursprünglich unächt, ja nicht einmal von dem Herzoge von Grimaldi ausgestellt, überdies bei der Präsentation nicht honorirt, sondern lediglich zurückgewiesen worden, wovon er den Klägern sogleich Nachricht gegeben habe, mit dem Bemerken, daß in der englischen Protest-Urkunde gar kein besonderer Grund, als nur jener: „„der Wechsel sei nicht in Ordnung"", enthalten sei. — Er sei sonach befugt, den Klägern, als seinen nächsten Giranten, den fraglichen Wechsel wegen nicht eingegangener Valuta als eine unnüze Waare und als ein Nicht-Kaufmannsgut zu remittiren und resp. in Natur zurückzugeben.

„Jeden Falls sei die Widerklage offenbar begründet, denn das klagende nun widerbeklagte Handelshaus sei sein Kommissionär gewesen, habe für ihn Wechsel erkauft, und ihm sechsprozentige Provision verrechnet, und müsse ihm sonach für jedes Versehen, und um so mehr im vorliegenden Falle, haften, als dasselbe, wie bereits gemeldet, einen unächten und ungiltigen Wechsel, der nirgends respektiret

worden, ohne hierzu besondern Auftrag von ihm gehabt zu haben, eingekauft oder sonst woher beigebracht habe, welcher Wechsel nur durch den Eingang der Valuta für ihn einigen Werth hätte haben oder Verbindlichkeit zur Zahlung erzeugen können.

„Es sei sonach alles gegnerische Vorbringen wegen Mangels der Präsentation zur Verfallzeit ganz irrelevant, denn der klagende Theil habe nirgends hergestellt, und sei auch herzustellen nie im Stande, daß nach italienischem oder englischem Wechselrechte der Verlust des ganzen Wechsels auf den Fall der Präsentation nach der Verfallzeit gesezt sei. — Desgleichen habe der klagende Theil den fraglichen Wechsel noch nicht einmal in Abschrift beigebracht, noch weniger dargethan, wie viel Zeit das a uso von italienischen Wechseln nach London gewähre und welche Respektstäge hierbei rechtlicher Observanz seien.

„Auf jeden Fall bleibe also die gemachte Widerklage in jeder Hinsicht aufrecht, und der klagende Theil sei verbunden, den nicht eingegangenen Wechsel in Natur zurückzunehmen, resp. für den Werth des ihm in Rechnung gebrachten ungiltigen Wechsels zu haften.

„Unter allgemeinem und besonderem Widerspruche des gegnerischen Vorbringens werde daher sowohl hinsichtlich der Vor- als Widerklage zum Erkenntnisse beschlossen und nachträglich bemerkt, daß der klagende Theil die Richtigkeit seiner Forderung mit gar Nichts bewiesen, vielmehr seine Klage vom 13. Mai 1811 in der Replik gänzlich geändert, sohin nicht nur den Kosten-Ersaz, sondern auch die vollständige Beweislast aller seiner Angaben mit Vorbehalt des Gegenbeweises zu übernehmen habe."

§. 4.

Duplik hinsichtlich der Widerklage.

Die Kläger duplizirten:

„Der Beklagte habe in seiner Vernehmlassung den ihrer Klage beigelegten Contocurrent im Ganzen als richtig

anerkannt, und nur die Position 19 — einen indossirten Wechsel auf London betr. — ausgehoben, und gegen denselben exzipirt, sohin ihre Klage rücksichtlich aller übrigen Posten als begründet angesehen.

„Weil nun der Beklagte nur diesen einzigen Posten ausgehoben habe, so hätten sie auch in ihrer Replik — resp. Exzeptional-Handlung — nichts weiter nöthig gehabt, als das wahre Verhältniß des streitigen Postens darzulegen.

„Durch diese Darstellung sei nun unbestreitbar nachgewiesen, daß Handelsmann O. den fraglichen Wechsel erhalten und besessen; aber die zum Incasso desselben erforderlichen Vorkehrungen bei Zeiten und vor dessen Verfallzeit nicht angewendet, dadurch ihnen den Rekurs auf eine Entschädigung gegen ihren zunächst vorstehenden Indossanten benommen und ihnen hierdurch Schaden zugefügt habe.

„Vordersamst sei daher durch Urtheil zu entscheiden, ob und inwieweit der Beklagte ihnen den Betrag des fraglichen Wechsels zu vergüten schuldig sei; denn erst alsdann, wenn sie mit ihrer Klage abgewiesen werden sollten, und der Gegner, die angegebene Beschädigung durch sie oder durch ihre Handlungsweise erlitten zu haben, sollte nachweisen können, — dann erst könne die angebliche Widerklage zur Sprache kommen; zur Zeit aber sei solche noch gar nicht geboren, weßhalb sie die früher gestellte Bitte wiederholten und zum Urtheile beschlößen."

§. 5.

Erkenntniß erster Instanz auf Beweis.

Nach erfolgtem Aktenschlusse erkannte das großherzogliche Stadtgericht Würzburg — unter Aussezung der Entscheidung über die Widerklage — am 6. Juni 1814 zu Recht:

„Der Beklagte habe binnen 30 Tagen gesezlicher (?)
„Frist rechtsbeständig zu erproben, daß er den indossirten Wechsel in London zur gehörigen Zeit, und

„zwar vor der Verfallzeit, zur Acceptation präsentiret
„und dieser mit Protest zurückgewiesen worden sei",
unter Vorbehalt der Entscheidung über den Kostenpunkt*).

§. 6.

Berufung von Seite des Beklagten und Nebenverantwortung der Kläger.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Beklagte die Berufung an das königliche Hofgericht zu Würzburg**), und stellte folgende Beschwerden auf:

„I) Den Klägern hätte der Beweis dahin auferlegt
„werden sollen, daß sie ihm einen giltigen Wech-
„selbrief übergeben hätten, und daß der Betrag
„desselben zu London an ihn oder seine Ordre
„ausgezahlt worden sei.

„II) Diesemnach hätte ihm lediglich der Gegenbeweis:
„daß der fragliche Wechsel zu London protesti-
„ret worden, auferlegt resp. vorbehalten werden sollen.

„III) Es hätte der Ausdruck: „„daß der fragliche
„„Wechsel zur gehörigen Zeit, und zwar noch
„„vor der Verfallzeit, zur Acceptation präsen-
„„tirt worden sei"", nicht in die Beweisauflage mit
„aufgenommen werden sollen.

„IV) Auf jeden Fall wäre die Behandlung der Ge-
„gen- oder Regreß-Klage nicht auszusezen gewesen, son-
„dern solche hätte sogleich mitverhandelt, entschieden und
„in die vorliegende Beweisauflage aufgenommen werden
„sollen."

Vor Ausführung dieser Beschwerden bemerkte der Beklagte, daß nach der im Großherzogthume Würzburg, welches nun dem Königreiche Baiern einverleibt sei, geltenden

*) Die nur flüchtig entworfenen Gründe wurden weggelassen.

**) Das Großherzogthum Würzburg war in der Zwischenzeit der Krone Baiern einverleibt, die Justizbehörde sonach „königlich" geworden.

Gesezgebung kein förmliches Wechselrecht existire, daß sohin das vorliegende Rechtsgeschäft nicht nach den strengen Grundsäzen des Wechselrechtes, sondern nach den allgemeinen Rechtsgrundsäzen über quarantigirte Schuldurkunden, Anweisungen u. dgl. Rechtsinstituten zu beurtheilen sei.

Da nun das Untergericht, bemerkte er weiter, in dem fraglichen Erkenntnisse die Sache lediglich auf der einen Seite nach Wechselrecht zu entscheiden gesucht, auf der andern Seite aber die hier einschlagenden Grundsäze des Wechselrechtes nicht einmal genau und bestimmt angegeben habe, so daß also das hierauf zu bauende Beweis-Verfahren eben auch nicht anders als schwankend ausfallen würde, — so könne schon im Allgemeinen das unterrichterliche Erkenntniß wegen Mangels einer festen zu Grunde gelegten Gesezgebung als rechtlich nicht bestehen, sondern es müsse solches als nichtig aufgehoben werden, worauf er hiermit, und zwar vorzüglich aus dem Grunde antrage, weil erst durch Sachverständige ein Gutachten einzuholen und von der Gesezgebung selbst für den vorliegenden Fall eine Norm zu sanktioniren wäre, besonders da in dem vorliegenden Falle die Grundsäze des italienischen, teutschen und englischen Wechselrechtes, und zwar von verschiedenen Wechselpläzen, mit zur Sprache kommen dürften, wenn anders die Entscheidung dieses Gegenstandes überhaupt nach Wechselrecht statthaft oder rechtlich sein sollte.

Nach Vorausschickung dieser Bemerkung suchte der Beklagte seine vorgetragenen Beschwerden in Folgendem zu rechtfertigen: —

„Zu I. In der Vernehmlassung sei widersprochen, daß ihm die Kläger einen giltigen Wechsel (in der allgemeinen Bedeutung dieses Wortes genommen) eingehändiget, und daß der Betrag desselben zu London an ihn oder seine Ordre ausgezahlt worden sei.

„Da nun offenbar hiervon das Klagerecht der Kläger, nun Appellaten, abhänge, indem er zur Zahlung eines an ihn cedirten ungiltigen und nicht acceptirten Wechsels auf

keinen Fall gehalten gewesen, da der Cedent schon nach allgemeinen Grundsäzen für Aechtheit und Güte haften müsse, so hätte den Klägern der Beweis, wie oben bemerkt, auferlegt werden sollen, besonders da — was jedoch nur im Erörterungs-Wege bemerkt werde — nach späterhin eingezogener Erkundigung der Wechselaussteller Herzog Franz von Grimaldi unter Kuratel stehen solle, sohin gar nicht wechselfähig sei, auch den fraglichen Wechsel nicht ausgestellt habe, so daß also die fragliche Wechselausstellung blos auf eine Prellerei auszugehen scheine.

„Das unterrichterliche Erkenntniß seze also ganz irrig voraus, daß er nicht in Abrede gestellt habe, die angeführte Summe an die Kläger schuldig zu sein; denn aus seiner Vernehmlassung und Duplikhandlung sei nur allzudeutlich zu ersehen, daß er den ganzen gegnerischen Klaggrund in Abrede gestellt, und die Richtigkeit des Wechsels selbst, sowie des Einganges der Valuta, widersprochen habe.

„Zu II. Wäre nun den Klägern der Beweis in der bezeichneten Art auferlegt worden, so hätte ihm der Gegenbeweis: „„daß der fragliche Wechselbetrag nicht eingegangen, sondern daß der Wechsel mit Protest zurückgegangen sei,““ vorbehalten werden sollen. Denn das jenseitige Klagfundament sei keineswegs eingeräumt, sondern vielmehr widersprochen, und eventuelle Einreden entgegengesezt worden, worüber ihm der Beweis resp. Gegenbeweis auf den Fall, daß klägerischer Seits der Beweis des Klaggrundes wäre hergestellt worden, hätte vorbehalten werden können.

„Zu III. Auf jeden Fall hätte in die Beweisauflage der Ausdruck: „„daß der fragliche Wechsel zur gehörigen Zeit, und zwar vor der Verfallzeit, zur Annahme präsentirt worden sei,““ nicht aufgenommen werden sollen, denn:

„1) Der Ausdruck: „„zur gehörigen Zeit““ sei unbestimmt, und könne auch wohl in dem vorliegenden Falle nicht bestimmt werden, wenn man nicht das strenge Wechselrecht auf denselben anwenden wolle.

„2) Die Anwendung eines allgemeinen Wechselrechtes sei im vorliegenden Falle nicht möglich, weil es nach der allgemeinen Uebereinstimmung aller Rechtsgelehrten kein Universal=Wechselrecht gebe, sondern jedes Wechselrecht auf statutarischen Bestimmungen beruhe.

„3) Keines der bekannten Wechselrechte enthalte darüber eine ausdrückliche Bestimmung, ob in dem Falle, wenn etwa ohne Verschulden des Wechselinnhabers die Präsentation des Wechsels verspätet worden, der Wechsel wirklich als verfallen anzusehen sei und dem Wechselinnhaber oder dem ersten Aussteller oder dem frühern Indossanten zurückfalle.

„4) Auch die Ausdrücke „„a uso““ hätten nach den verschiedenen Wechselrechten verschiedene Zeitbestimmungen, wobei noch überdies die verschieden hergebrachten Respektstäge zu beachten seien. Wenn etwa zur Winterszeit die See geschlossen oder wegen Eisganges unfahrbar gemacht werde, so werde Niemand behaupten können, daß der inzwischen ausgelaufene Wechsel in den Händen und auf Gefahr des Innhabers erlösche; — vielmehr werde derselbe, wenn er aus irgend einem Grunde bei der Präsentation mit Protest zurückgehen sollte, unmittelbar an den nächsten Indossanten remittirt werden können.

„Zu IV. Die Gegen= oder Regreß=Klage entstehe aus einem und dem nämlichen Rechtsgeschäfte, sei sonach offenbar mit der Vorklage konnex, und kein Grund vorhanden, warum die Verhandlung derselben bis zur Beendigung des ohnehin irrelevanten Beweisverfahrens ausgesezt bleiben sollte, da die Kläger als Kommissionäre ihn (Beklagten) auf jeden Fall schadlos halten müßten.

„Er stelle daher die Bitte: das unterrichterliche Erkenntniß als nichtig aufzuheben, und die Kläger mit ihrer Klage ganz abzuweisen, auf jeden Fall aber **ändernd** zu erkennen:

a) daß dem klagenden, nun appellatischen, Theile der Beweis dahin aufzulegen sei: **daß dieser ihm einen giltigen Wechsel zu 200 Pfund Sterling über**=

geben, und daß der Betrag des Wechsels zu London an ihn oder seine Ordre ausgezahlt worden sei;

b) daß ihm lediglich der Gegenbeweis: daß der fragliche Wechsel zu London protestirt worden, aufzulegen resp. vorzubehalten sei,

c) daß auf jeden Fall der Ausdruck: „„daß der fragliche Wechsel zur gehörigen Zeit, und zwar vor der Verfallzeit, zur Acceptation präsentirt worden sei,““ nicht in die Beweisauflage mit aufzunehmen, endlich

d) daß die Behandlung der Widerklage nicht ausgesezt zu belassen, sondern sogleich mit der Beweisauflage zu verhandeln und zu entscheiden sei.“

In der Nebenverantwortung suchten die Kläger darzuthun, daß die beiden Punkte:

α) daß der Wechsel vor der Verfallzeit in London präsentirt worden, und

β) daß er dieser gehörigen Präsentation ungeachtet mit Protest zurückgewiesen worden sei, —

gerade jene Momente bildeten, durch welche der Appellant von der Verbindlichkeit, den Wechsel zu vergüten, freigesprochen werden könnte, — daß sohin diese beiden Momente, und zwar kopulativ, zum Beweise ausgesezt werden müßten.

„Eine Beschwerde,“ führten sie an, „gegen diese Beweisauflage sei ganz ungegründet, denn der vorwürfige Gegenstand sei ein Wechselgeschäft, müsse sonach auch nach den allgemeinen Grundsäzen des Wechselrechtes beurtheilt und entschieden werden, weil derjenige, der sich in eine besondere Gattung von Geschäften einlasse, auch die Behandlung nach den Grundsäzen sich gefallen lassen müsse, welche die Natur dieses Geschäftes mit sich bringe.

„Diese Wahrheit bedürfe keiner besondern Gesezgebung, und derjenige, welcher gewöhnlich mit Wechseln umgehe, müsse die allgemeine Theorie der Wechselgeschäfte und Wechselrechte kennen und wissen, wann an jedem Plaze, wohin

wohin er Wechselgeschäfte treibe, die a uso zahlbaren Wechselbriefe präsentirt werden müßten.

„Auffallend sei daher die erste Beschwerde, daß erst bewiesen werden solle, daß der Wechsel giltig gewesen, und daß dessen Betrag in London bezahlt worden sei. Der Appellat habe den Wechsel noch in Händen, und habe vor der Verfallzeit die Präsentation vorzunehmen versäumt; mithin sei es seine Schuld, daß die Zahlung des Wechsels nicht erfolgt sei. Ob der Wechsel übrigens giltig oder nicht giltig gewesen, könne hier gar nicht zur Sprache kommen, weil, wenn er auch nicht von dem Trassaten — (vorausgesezt, daß er vor der Verfallzeit präsentirt worden wäre) — bezahlt worden sei, er sogar noch von dem Trassaten au besoin, oder auch sogar noch von jedem Dritteren zu Ehren des Trassanten oder Remittenten hätte bezahlt werden können.

„Noch auffallender sei die zweite Beschwerde: daß dem Appellanten der Gegenbeweis: daß der fragliche Wechsel zu London protestirt worden sei, hätte auferlegt resp. vorbehalten werden sollen; denn aus dieser Beschwerde überzeuge man sich, welche Mühe Appellant angewendet, der Spize dieser Sache, nämlich dem Beweise auszuweichen, daß der Wechsel vor der Verfallzeit in London präsentirt worden sei.

„Einen Protest über den zu spät, nämlich nach der Verfallzeit, präsentirten Wechsel möge derselbe wohl besizen, allein dieser beweise nicht mehr, als des Appellanten eigene Nachlässigkeit, und sei keineswegs geeignet, ihn von den schädlichen Folgen seines groben Versäumnisses frei zu machen.

„Rücksichtlich der dritten und vierten Beschwerde müsse bemerkt werden, daß, wenn die Beweisauflage nicht so bestimmt in diesen Worten abgefaßt sei, der Regreß gegen die Indossanten, welcher stufenweise bis zum Trassanten einzutreten habe, gar nicht möglich wäre; denn erst dadurch, wenn der Beweis, wie er auferlegt worden, hergestellt werden könnte und sollte, würden die Kläger verbunden, den Wechsel zurückzunehmen, aber auch zugleich befugt, sich

an ihren nächsten Indossanten, und dieser sich wieder an seinen Giranten, und sofort sich bis zum Aussteller des Wechsels zu halten.

„Bei diesen Umständen könne daher von einer gleichzeitigen Behandlung der Regreß- resp. Widerklage keine Rede sein, weßhalb gebeten werde: das unterrichterliche Erkenntniß seinem ganzen Inhalte nach zu bestätigen, und den Appellanten zum Kosten-Ersaze zu verurtheilen."

§. 7.

Erkenntniß zweiter Instanz auf Beweis.

Am 22. April 1816 erkannte das königliche Hofgericht zu Würzburg zu Recht:

„Der Beklagte und Widerkläger habe in 30 Tagen
„zerstörlicher Frist rechtsgenügend zu erweisen:
„daß der Wechsel über 280 Pfund Sterling unächt und falsch sei —
„oder
„daß derselbe mit Protest zurückgewiesen worden sei;
„wobei den Klägern und Widerbeklagten in gleicher
„Frist zu beweisen vorbehalten bleibe:
„daß dieser Wechsel aus Schuld des Beklagten
„und Widerklägers — weil er erst nach der
„Verfallzeit protestirt worden — nicht gezahlt worden sei,"
unter Vergleichung der Kosten.

Gründe.

„Die Handelsleute M. und Söhne klagten gegen den Handelsmann O. auf einen Contocurrent über vielerlei von diesem ihnen schuldig gewordene Posten, von welchen er mehrere Zahlungen geleistet haben, und noch mit einem Reste von 2876 Rthlr. 37 kr. ihr Schuldner sein soll.

„Die Kläger belangten den Beklagten nicht speziell auf die Zahlung eines einzelnen von den vielen Posten,

die ihr Contocurrent aufführt, oder wegen des von diesem in Streit gezogenen Wechsels, sondern wegen eines Rückstandes, welcher von frühern oder spätern Geschäften, nach daran geleisteten Abschlagszahlungen, noch bestehen soll.

„Der Grund der Schuld ist allenthalben deutlich in dem Contocurrent, als einem Auszuge des Handelsbuches, ausgedrückt, welches daher, — wenn es beschworen wird — die Richtigkeit der Forderung und Schuld in Quantität und Qualität beweiset.

Ger. Ord. Kap. 11. §. 3. Nr. 2.

„Es würde jedoch die Richtigkeit des vorliegenden Contocurrents an sich und in allen seinen vielen einzelnen Ansäzen von dem Beklagten gar nicht widersprochen, auch ebensowenig von ihm der Empfang des Wechselbriefes, als der Waare, für welche im 19. Ansaze desselben der Preis spezificirt vorliegt, in Abrede gestellt.

„Die Klage ist daher nach Vorschrift der Ger. Ord. Kap. 11. §. 7. Nr. 1 u. 2 durch diesen Contocurrent zwar für gegründet und erwiesen zu halten, ohne daß die Vorlage und Anerkennung des Original-Handelsbuches mit der eidlichen Bestärkung erforderlich wäre; — der Beklagte exzipirte aber gegen die Klage, daß der im 19. Ansaze des Contocurrents ihm zur Last geschriebene, auf London indossirte Wechselbrief über 280 Pfund Sterling daselbst nicht acceptirt, sondern mit Protest zurückgewiesen worden sei; ja er habe späterhin in Erfahrung gebracht, daß derselbe unächt und falsch, mithin auch deßhalb die Acceptation verweigert worden sei.

„Die vom Beklagten angestellte Widerklage beruhet ebenfalls auf denselben Thatsachen, die er mithin als den Grund seiner Einrede und Widerklage, wodurch das Klagerecht des Gegentheiles gegen ihn gehoben werden würde, zu beweisen hat.

Ger. Ord. Kap. 6. §. 6.

„Weil jedoch die Kläger auch gegen diese Einreden ein Klagerecht auf Entschädigung durch die Replik: „„daß der „„Beklagte den Wechsel aus seiner Schuld —

„„weil er erst nach der Verfallzeit protestiret „„worden sei, — nicht gezahlt erhalten habe"" behaupten zu können vermeinen; so mußte zugleich der ihnen obliegende Beweis dieser Replik freigelassen werden, und — da hiermit der unterrichterliche Bescheid geändert, und auf Beweis allenthalben erkannt wurde, waren die Kosten zu vergleichen."

§. 8.

Revision der Kläger und Erkenntniß dritter Instanz auf Beweis.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Kläger die Revision an die oberste Justizstelle, und diese erkannte am 5. Oktober 1816:

„Es habe bei dem Erkenntnisse zweiter Instanz vom „22. April 1816 sein Bewenden, jedoch sei der den „Klägern auferlegte Beweis noch näher dahin zu er„läutern und zu bestimmen:

„daß aus der nicht zur rechten Zeit ge„schehenen Präsentation der Verlust des „ganzen Wechsels entstanden sei."

Die oberste Justizstelle unterlegte dieser erläuternden Entscheidung folgende Gründe:

„Der Beklagte habe in den Verhandlungen die Einrede des mit Protest zurückgewiesenen Wechsels entgegengesezt, und die Kläger hätten diese Einrede durch die Replik zu entkräften gesucht, der Wechsel sei nicht zur rechten Zeit und vor der Verfallzeit zur Acceptation präsentiret worden, und daher verfallen.

„Diese Replik sei erheblich, und müsse daher, weil die faktischen Umstände derselben in der Duplik widersprochen worden, nicht dem Beklagten, sondern den Klägern zum Beweise auferlegt werden.

„Jede Saumseligkeit des Remittenten in der gehörigen Besorgung der Präsentation falle ihm zur Last, und er sei verbunden, allen daraus entstehenden Schaden zu tra-

gen, es sei denn, daß in einem Zufalle, dessen Abwendung in seiner Gewalt nicht gestanden, der Aufenthalts-Grund zu suchen wäre.

Danz, Handbuch des heut. teutschen Privat-Rechts Bd. II. §. 243.

„Hieraus folge nun, daß, wenn O. den a uso in London zahlbaren Wechsel nicht zur rechten Zeit, d. h. nicht zu derjenigen Zeit, wo nach englischem Wechselrechte der Zahlungs-Termin a uso eingetreten, präsentirt haben sollte, er seinem nächsten Indossanten, von dem er den Wechsel erhalten, allen aus seinem Saumsal entspringenden Schaden ersezen müsse; — es folge aber keineswegs, daß der ganze Wechsel verfallen sei, und der Remittent O. einen Wechsel, der vom Trassaten nicht honoriret worden, seinem Indossanten zahlen müsse. —

„Es sei nur mitunter möglich, daß der in der Präsentation begangene Saumsal den Ersaz des ganzen Wechselwerthes zuweilen nach sich ziehen könne, wenn z. B. in der Zwischenzeit der Trassat fallirt und der Wechsel bei gehöriger Präsentation bezahlt worden wäre. Auch hätten die Wechselordnungen der angesehensten Handelspläze die nicht zur rechten Zeit geschehene Präsentation mit dem Verluste des ganzen Wechselwerthes nicht bestraft, da doch Rechtsnachtheile, die den Verlust einer ganzen Forderung bewirken sollten, deutlich und bestimmt im Geseze enthalten sein müßten.

„Diese schon an jenen Orten, wo Wechselstrenge herrsche, geltenden Geseze müßten in Würzburg, wo kein Wechselrecht existire, um so mehr zur Anwendung gebracht werden, da sie mit der allgemeinen Rechtstheorie der Entschädigungslehre übereinstimmten.

„Diesemnach sei die vorgebrachte Replik nur dann erheblich, wenn die Indossanten M. und Söhne nachweisen könnten, daß die zur rechten Zeit unterlassene Präsentation des indossirten Wechsels den Verlust desselben zur Folge gehabt habe, z. B. daß nach englischem Wechselrechte der Verlust des ganzen Wechsels auf die nicht gehörige Präsentation desselben gesezt sei.

„Es handle sich hier nicht etwa um die Schäden und Kosten, welche die Kläger wegen der zu spät geschehenen Wechsel-Präsentation erlitten hätten — (diese Klage bleibe ihnen in jedem Falle unbenommen), — sondern der Gesichtspunkt, welcher fest im Auge behalten werden müsse, sei dieser:

Ob O. blos wegen der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation den ganzen eingeklagten Wechselwerth zu 280 Pfund Sterling, den er nicht bezahlt erhalten habe, zu ersezen schuldig sei?" —

„Da ferner der Fahrlässige nur für den aus seiner Fahrlässigkeit entstandenen Schaden hafte, eine nicht zur rechten Zeit geschehene Präsentation des Wechsels aber den Verlust desselben nicht nothwendig zur Folge habe, so sei den Klägern der Beweis ihrer vorgebrachten Replik dahin aufzuerlegen gewesen:

daß aus der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels entstanden sei."

§. 9.

Beweisantritt des Beklagten.

Noch vor der Verkündung des oberstrichterlichen Erkenntnisses trat die Witwe des inzwischen verlebten Handelsmannes O. den Beweis rücksichtlich des Punktes":

daß der Wechsel über 280 Pfund Sterling unächt und falsch oder

daß derselbe mit Protest zurückgewiesen worden sei,

in Folgendem an:

a) durch Uebergabe der in englischer Sprache abgefaßten Original-Wechselprotesturkunde vom 18. März 1805 *),

---

*) Die hierher bezüglichen Stellen dieser Urkunde finden sich im folgenden §. 10.

b) durch Uebergabe eines Schreibens des Handelsmannes Jarmann und Komp. zu London v. 7. Mai 1805, aus welchem hervorgehen sollte, daß die gedachte Tratte auch nicht würde bezahlt worden sein, wenn sie vor der Verfallzeit eingelaufen wäre",

c) durch Uebergabe von Probsäzen, über welche der öffentliche Notar Gibson in London und die bei Erhebung des Protestes gebrauchten, namentlich bezeichneten, beiden Notariats-Zeugen vernommen werden sollten, und zwar im Wege der Requisition durch die geeignete Behörde in London.

d) Eventuell erbot sich die beklagte Witwe zum Erfüllungseide, und stellte die Bitte:

1) die übergebenen Original-Urkunden durch einen verpflichteten Sprachmeister in's Teutsche übertragen zu lassen, und
2) ihr zur weiteren Angehung ihres schwierigen Beweises noch eine Frist von 30 Tagen zu belassen.

§. 10.

Erklärung über den Beweisantritt des Beklagten von Seite der Kläger und Gegenbeweisantritt derselben.

Auf den beklagterseits angetretenen Beweis brachten die Kläger nach mehrmals gewahrter Frist folgende — so betitelte Erklärung über den Beweisantritt mit Gegenbeweisantretungen ein:

„A) Durch die beklagterseits gebrauchten Beweismittel werde der durch den Vorbescheid vom 22. April 1816 auferlegte erste alternative Beweissaz: daß der Wechsel unächt und falsch sei, gar nicht dargethan, weil darüber gar kein Beweis angetreten sei, indem sich der Beklagte blos auf den Beweis des zweiten alternativen Beweissazes, daß der fragliche Wechsel mit Protest zurückgewiesen worden sei, — beschränkt habe.

„Der Original-Protest werde als richtig geltend an-

genommen, allein die jenseitige Behauptung, daß die gedachte Tratte des Franz von Grimaldi auch dann nicht würde acceptirt worden sein, wenn sie auch vor der Verfallzeit eingelaufen wäre — sei falsch und unerwiesen; — denn wenn man den jenseits allegirten Brief des londoner Handelshauses Jarmann und Komp. vom 7. Mai 1805 als richtig und ächt annehme, wie hiermit geschehe, so liege in den Worten desselben:

„„Gedachte Tratte wäre jedoch nie acceptirt worden,
„„wenn solche auch vor der Verfallzeit eingelaufen
„„wäre““,

keineswegs eine relevante Behauptung, vielweniger eine relevante und juristisch bewiesene Wahrheit, sondern höchstens nur eine Vertröstung über die vom Beklagten O. begangene Fahrlässigkeit zur leichteren Verschmerzung ihrer Folgen, eine einseitige Privatansicht oder Privatäußerung, worauf bei Gericht keine Rücksicht genommen werden könne, indem hier alle Erfordernisse fehlten.

„B) Dagegen werde der den Klägern obliegende Beweis, wie folge, angetreten:

„1) Eben der vom Gegentheile allegirte Brief enthalte die ausdrücklichen Worte“:

„„Für etwelche Skranten hätten sich wohl Aufneh-
„„mer gefunden, wenn das Papier in rechter Zeit
„„seine Erscheinung gemacht hätte.““

„2) Der jenseits allegirte englische Protest enthalte die Säze:

„„Die Nothaddressaten Doxat und Divett ant-
„„worteten:
„„Wir können nicht interveniren, weil dieser Wech-
„„sel perimirt ist, denn sonst wäre er bezahlt wor-
„„den, zu Ehren des Hrn. Bignanni.““

„Diese beiden, vom Beklagten selbst angeführten, Urkunden sprächen bestimmt aus, daß aus der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels entstanden sei.

„3) Hiermit stimme auch der unter Ziff. 1, urschrift-

lich hier anliegende Brief desselben englischen Handelshauses, datirt London am 15. März 1805, welchen dasselbe an die Kläger erlassen habe, überein in den Worten:

„„Es ging ein von Ihnen girirter Wechsel von „„280 Pfund Sterling durch unsere Hände, welchen „„wir wegen Nichtaufnahme und (Nicht-) Bezahlung mit „„Protest abgehen ließen: — er war an zwei ver- „„schiedene Häuser au besoin adressirt, die aber „„ihre Aufnahme versagten, da das Papier verfallen „„war, welches auch uns abhielt, uns für die „„Ehre Ihrer Ziehung ins Mittel zu legen.""

„Wenn man nun in die Sprache des Gegners eingehe, ergebe sich Folgendes;

„O. habe 280 Pfund Sterling in London bezahlen wollen: — er hätte auch diese Valuta in London empfangen, von wem? das sei für ihn gleichgiltig, genug, er hätte sie empfangen, wenn er sich in rechter Zeit gemeldet hätte; denn es hätten die Valuta gerne bezahlt:

a) Dorat und Divett für den dritten Giranten Bignanni,

b) der Nothaddressat Bartois,

c) es würden freiwillig für dieses Handelshaus M. und Söhne eingetreten sein Jarmann und Komp., und so hätte O. ohne alles Weitere sein Geld in London gefunden, und ein Protest wäre ihm nicht einmal zu Gesicht gekommen; denn der Intervenient hätte denselben geraden Wegs an seinen Korrespondenten zu senden, und sich mit ihm zu berechnen gehabt. Aber der Wechsel sei vom O. zu spät vorgekommen, und so sei jede Intervention verweigert worden: — blos wegen der Verspätung habe O. die Valuta in London nicht erhalten, und somit sei aus der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels entstanden.

„4) O. habe dieses selbst in seinem unter Ziff. 2. angebogenen Originalbriefe vom 4. April 1805 einbekannt, indem er anführe:

„„Von denjenigen, an welche das Papier au besoin

„„indossirt war, wollte Keiner zahlen, weil es nach
„„der Verfallzeit präsentirt wurde.““

„5) O. habe die Richtigkeit seines Eingeständnisses: daß blos aus der zu spät geschehenen Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels entstanden sei, — durch seine eigene Thathandlungen bestätiget, denn in seinem unter Ziff. 3. anliegenden Schreiben vom 10. Juni 1805 sage er:

„„Ich habe mich an den Aussteller des Wechsels
„„Franz von Grimaldi in Genua gewendet, und
„„dieser als Trassant hat mir nicht nur den Werth
„„des besagten Wechsels, sondern auch Zinsen und
„„Kosten zu vergüten versprochen.““

„6) O. habe nach dem unter Ziff. 4. anliegenden Reverse vom 16. September 1805 lediglich aus dem Grunde: weil der Protest erst nach abgelaufener Verfallzeit levirt worden sei, das Handelshaus M. und Söhne von allen Ansprüchen wegen des fraglichen Wechsels freigegeben, und neuerlich seine Verbindlichkeit einbekannt, den Betrag desselben zu bezahlen, nachdem er von dem Wechselrechte und dessen Gebrauche sich bessere Ueberzeugung verschafft habe.

„7) Deßhalb habe O. die Sache wegen des Herzogs Franz von Grimaldi als Trassanten ganz als seine eigene angesehen und als solche behandelt, wie dieses seine Schreiben unter Ziff. 5 und 6. bewährten, in denen es heiße, und zwar im Schreiben v. 26. Sept. 1805:

„„Ich habe Ihren Contocurrent empfangen und
„„werde solchen nachsehen. Bei Rechtbefinden werde
„„ich Ihnen den Saldo gleichlautend gut bringen
„„und nächstens Anstalten treffen, Ihnen Rimesse
„„zu machen, um somehr, da ich des Einganges
„„meines Wechsels in Genua vollkommen versichert
„„bin, wiewohl ich auf keinen Fall Ihnen mein ge-
„„gebenes Wort gebrochen hätte,““

und im Schreiben vom 24. Oktober 1805:

„„Der Hr. Grimaldi hat zwar bei Verfallzeit meine
„„Tratte acceptirt, aber nicht bezahlt, und ich er-
„„hielt sie gestern mit Protest wieder zurück.““

„Es werde daher gebeten:

zur Vorlage der Urkunden, dann zu deren Anerkennung oder eidlichen Ableugnung unter dem gesezlichen Rechtsnachtheile einen Termin anzuberaumen.

„Für den Fall jedoch, daß diese Beweismittel zur Herstellung des Beweises nicht zureichen sollten, würden Probsäze mit Zeugenbenennung übergeben und gebeten:

die Zeugen im Wege der Requisition vernehmen zu lassen.

„C) Das klagende Handelshaus erbiete sich zum Erfüllungseide, und

„D) behalte sich für den schlimmsten Fall die Eideszuschiebung ausdrücklich vor."

§. 11.

Produktions-Verfahren.

Nachdem nun den gestellten Anträgen gemäß die fraglichen Urkunden von verpflichteten Sprachmeistern in's Teutsche übersezt worden waren, lief von Seite der Kläger eine Verwahrung dahin ein, daß sich die vorwürfige Sache noch nicht zur Abhörung der Zeugen eigne, sondern daß von der Anerkennung der Urkunden Alles abhänge, indem, wenn solche als richtig anerkannt würden, jeder weitere Beweis und Gegenbeweis überflüssig sei, weßhalb um Anberaumung eines Produktions-Termines gebeten werde.

Bei dem hierauf anberaumten Produktions-Termine legte der Advokat W., bevollmächtigter Anwalt der Kläger, die in seiner Eingabe resp. seinem Gegenbeweisantritte enthaltenen Original-Urkunden sämmtlich vor, und gewärtigte deren Anerkennung oder eidliche Ableugnung unter dem gesezlichen Rechtsnachtheile.

Der Advokat S., bevollmächtigter Anwalt der beklagten Witwe, brachte hierauf vor:

„Durch das hofgerichtliche Erkenntniß vom 24. April 1816, welches oberstrichterlich erläutert worden, sei den Klägern der Beweis auferlegt worden:

daß aus der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels entstanden sei.

„Diesen direkten Beweis hätten die Kläger nach Lage der Akten gar nicht angetreten, denn die Eingabe vom 12. Februar 1817 sei blos als Erklärung auf die Beweisantretung der beklagten Witwe und Gegenbeweisantritt betitelt.

„Es werde daher vor Allem darauf angetragen, die Kläger rücksichtlich des ihnen auferlegten Beweises als probfällig zu erklären.

„In dieser Rücksicht sei man auch nicht schuldig, sich auf die jenseitigen Urkunden einzulassen, weil alles weitere Beweisverfahren als unnüz hinwegfalle, indem der den Klägern auferlegte Beweis gar nicht angetreten sei, wo es sonach auf den der beklagten Witwe auferlegten Beweis gar nicht anzukommen habe.

„Nur eventuell, und ohne von der Verweigerung der Einlassung abzugehen, würden die Urkunden unter Ziffer 2. 3. 4. 5 und 6. anerkannt, dahingegen jene unter Ziffer 1 solle eidlich abgeleugnet werden. Hierbei werde jedoch bemerkt, daß durch die sämmtlichen Urkunden das Beweis-Thema nicht entschöpft werde, weßhalb gebeten werde:

die Gegner als probfällig zu erklären, alles übrige Beweisverfahren als überflüssig einzustellen, eventuell den klägerischerseits versuchten Beweis durch Urkunden als nicht hergestellt zu erklären."

Der Advokat W. entgegnete hierauf:

„Durch die Eingabe vom 12. Februar 1817 sei dem beweisauflegenden Vorbescheide von den Klägern Genüge geleistet, und der aufgehabte Beweis von den Klägern gehörig angetreten worden.

„Die jenseits geschehene Anerkennung der Urkunden unter Ziff. 2. mit 6. werde demnach als sachdiensam angenommen, und mithin der den Klägern obliegende Beweis vollkommen entschöpft.

„Bei diesen Umständen könne es also auf die aner-

botene Ableugnung der Urkunde unter Ziff. 1., als eines Briefes aus London, der schon seiner äußern Form nach den Stempel der Aechtheit für sich habe, besonders da er von derselben Hand geschrieben sei, wie der mit dem jenseitigen Beweisantritte übergebene Brief, — gar nicht ankommen; — noch weniger aber könne hierdurch der, durch die Anerkennung der übrigen Original-Urkunden gestellte, Beweis auf irgend eine Art geschwächt werden.

„Klagender Anwalt stelle daher die Bitte:

den beklagterseits angetretenen Beweis als nicht hergestellt, dagegen aber den von den Klägern angetretenen Beweis als vollkommen erbracht zu erklären."

In der Duplik blieb der Advokat S. auf seinem bereits gemachten Vorbringen, insbesondere auf der Einrede des Ausschlußes des klägerischen Beweisantrittes stehen.

§. 12.

Endurtheil erster Instanz.

Nachdem nun der Beklagte zu den klägerischerseits übergebenen Probsäzen noch besondere Fragstücke eingereicht hatte, erließ das Untergericht am 26. September 1817 folgendes Erkenntniß:

„Es sei — unter Verwerfung der von der beklagten „Witwe angebrachten Einrede der Präklusion des „klägerischen Beweisantrittes — der von den Klägern geführte Beweis für gestellt zu erachten, sonach die Beklagte schuldig, an das klagende Handelshaus M. und Söhne den libellirten Contocurrent zu bezahlen und die verursachten Prozeßkosten „zu ersezen."

Gründe.

„I) Gegen den unterrichterlichen Vorbescheid wurde die Berufung eingelegt, und hiedurch der Beweistermin sistirt.

„Nach Verkündung des oberstrichterlichen Erkenntnisses brachten die Kläger in mehrmals gewahrter und verstatteter

Frist eine so betitelte Erklärung über die Beweisantretung der Beklagten, dann eine Gegenbeweisantretung mit Urkunden ein.

„Diese Bezeichnung veranlaßte den gegnerischen Anwalt zur Vorschüzung der Einrede der Präklusion des Beweises, indem er behauptet, der den Klägern auferlegte Beweis sei ein direkter Beweis, welchen dieselben nicht angetreten hätten, sohin seien sie beweisfällig, und ihre Eingabe vom 12. Februar 1817 sei blos als Erklärung, in der die Beweisantretung der Beklagten, dann der Gegenbeweisantritt enthalten sei, betitelt und anzunehmen.

„Allerdings ist die erwähnte Bezeichnung der gedachten Eingabe die richtige nicht; allein deren Inhalt verscheucht augenfällig die gemachte Einwendung, indem es ausdrücklich darin heißt:

„„den uns Klägern auferlegten Beweis
„„stellen wir in Folgendem:““

„Da nun einestheils, wie oben gezeigt, der Beweistermin der Kläger bis zur fraglichen Eingabe vom 12. Februar 1817 rechtlich gewahrt worden, anderntheils deren Beweisantritt in der gedachten Eingabe wirklich enthalten ist, so zerfällt die von der Beklagten vorgeschüzte Einrede der Präklusion des klägerischen Beweisantrittes, der gleichwohl unrichtigen Bezeichnung ungeachtet, die auf den Inhalt selbst keinen wesentlichen Einfluß hat, von selbst um so mehr, als sich der beklagte Theil auf den Beweisantritt der Kläger jedenfalls eingelassen hat.

„II) Was nun den Beweis selbst angeht, so erstreckt sich derselbe auf beide Theile.

„A) Der Beweis für die Beklagte ist:

daß der Wechsel über 280 Pfund Sterling unächt und falsch sei, — oder daß derselbe mit Protest zurückgewiesen worden sei.

„Die von der Beklagten zur Herstellung dieses Beweises vorgelegten beiden Urkunden sind klägerischerseits als richtig anerkannt.

„Aus der übersezten Wechsel-Protest-Urkunde sind nun die Worte zu entnehmen:

a) „„„dieser Wechsel wird nicht bezahlt werden, —

b) „„„wir können uns nicht mit dem Wechsel befassen, „„„weil er außer Gebühr (verspätet) ist, ansonst der- „„„selbe schon von dem Herrn Bignanni würde hono- „„„rirt und bezahlt worden sein.

c) „„„Auf die weitere Weigerung des Herrn Bartois „„„wurde der Wechsel selbst protestirt.„„„

„In dem vorgelegten Originalbriefe findet sich folgende Stelle:

„„Gedachte Tratte wäre auch nicht acceptirt worden, „„wenn solche auch vor Verfallzeit eingelaufen „„wäre: — der Trassant wird die Ursachen besser „„zu erklären wissen: — für etwelche Giranten hät- „„ten sich wohl Aufnehmer gefunden, wenn das „„Papier in rechter Zeit seine Erscheinung gemacht „„hätte.„„

„Nimmt man nun den Inhalt dieser beiden Urkunden zusammen, so ergibt sich allerdings, daß der fragliche Wechsel, dessen Werth jedoch blos beziehungsweise auf den Protest angegeben ist, nicht acceptirt und mit Protest zurückgewiesen worden sei, wodurch das dem Beklagten auferlegte alternative Beweisthema gestellt ist.

„B) Allein der Beweis für die Kläger ist:

„„daß aus der nicht zur rechten Zeit geschehenen Prä- „„sentation der Verlust des ganzen Wechsels entstan- „„den sei.„„

„Diesen Beweis stüzten die Kläger nicht nur auf die von der Beklagten angezogenen zwei Urkunden selbst, sondern auch auf 6 weitere Urkunden, welche von der Beklagten mit Ausnahme jener unter Ziff. 1. als richtig anerkannt wurden.

„1) In den zwei ersteren Urkunden benüzen die Kläger für ihr Beweisthema, und zwar

„a) aus dem Briefe die Worte:

„„für etwelche Giranten hätten sich wohl Aufnehmer

„„gefunden, wenn das Papier in rechter Zeit seine „„Erscheinung gemacht hätte““

„b) aus dem Wechselproteste:

„„die Nothaddressaten antworteten: wir können nicht „„interveniren, weil dieser Wechsel perimirt ist, sonst „„wäre er bezahlt worden zu Ehre des Herrn Big„„nanni ꝛc. ꝛc.““

2) In dem Briefe unter Ziff. 2, ausgestellt vom Beklagten O., ist enthalten:

„a) „„Von denjenigen, denen dieses Papier (der Wechsel) „„au besoin addressirt war, wollte Keiner zahlen, „„weil es nach der Verfallzeit präsentirt „„wurde.““

„b) Im Briefe Ziff. 3. ist ersichtlich:

„„Einliegend übermache ich Ihnen ein Schreiben des „„Herzogs von Grimaldi, woraus Sie zu ersehen „„belieben, daß dieser nicht nur den Werth des „„mehrbesagten Wechsels, sondern auch Kosten und „„Zinsen vergütet.““

„c) Im Reverse Ziff. 4. bekennt O. frei ein: den Betrag des Wechsels zu 280 Pfund Sterling schuldig zu sein, mit dem Versprechen, den Herrn M. und Söhnen die ihnen im Contocurrent schuldig bleibende Summe anzuschaffen.

„d) Weiter gibt O. im Briefe Ziff. 5. an:

„„Um so mehr, da ich des Einganges meines Wech„„sels in Genua vollkommen versichert bin, wiewohl „„ich auf keinen Fall Ihnen mein gegebenes Wort „„gebrochen hätte.““

„e) Leztlich gibt O. im Briefe Ziff. 6. sich als Besizer des fraglichen Wechsels mit dem Bemerken an, daß der Herzog von Grimaldi zwar seine Tratte acceptiret, aber bei Verfallzeit nicht bezahlt habe.

„Nimmt man nun Alles dieses zusammen, so ergibt sich, daß der ausgestellte Wechsel aus dem Grunde nicht bezahlt wurde, weil er nach der Verfallzeit präsentirt worden ist, welches sonach den Verlust des Wechsels wegen

wegen nicht zur rechten Zeit geschehener Präsentation nach sich zieht.

„3) Auf allen Fall liegt von Seite des Beklagten O. das Einbekenntniß in Mitte, den Betrag zu 280 Pfund Sterling resp. den Contocurrent schuldig zu sein.

„Da nun hierdurch der Beweis von Seite der Kläger gestellt, der gegentheilige aber hierdurch elidirt ist,

4) hieraus sowohl, als durch das in Mitte liegende Einbekenntniß die Schuldigkeit des Beklagten hervorgeht, sohin

5) die eidliche Ableugnung der Urkunde Ziff. 1 sowohl, als der weiter angetretene Beweis überflüssig wird, um so mehr, als lezterer eines weitschichtigen und k[illegible]ligen Verfahrens bedürfte; so ist der klägerische Beweis für hinreichend gestellt zu erklären.

„6) Im Uebrigen ergibt sich aus dem erzielten Beweise, daß der Zweck, den die Anschaffung des Wechsels dem Beklagten gewähren konnte, gewesen war, die Valuta von dem englischen Handelshause bezahlt zu erhalten; jede Saumseligkeit des Remittenten in der gehörigen Besorgung der Präsentation fällt ihm zur Last, und er muß allen daraus entstehenden Schaden tragen, welches mit der allgemeinen Rechtstheorie der Entschädigungslehre, sowie mit den Grundsäzen des in Teutschland geltenden Wechselrechtes übereinstimmt (Danz teutsch. Privat-Recht. Bd. II. §. 243.), und wodurch die Klage ihren rechtlichen Grund erhält; denn die Saumseligkeit des Beklagten O. leuchtet im Allgemeinen und oberflächlich, und ohne auch rechtliche Rücksicht hierauf zu nehmen, vorzüglich hieraus hervor:

„Der fragliche Wechsel ist à uso de dato den 8. Dezember 1804 ausgestellt, und von den Klägern M. und Söhnen am 31. Dezember 1804 auf Ordre des Beklagten O. cedirt resp. indossirt worden.

„Diesen Wechsel bezeichnete Beklagte O. unrichtig mit dem Datum: 18. Februar 1804, und der Wechsel selbst wurde in London am 14. März 1805 protestirt.

„Da nun nach den bestehenden Wechselgesezen ein italienischer Wechsel (wie der kritische ist) mit der Bezeich-

nung à uso 90 Tage vom Tage der Ausstellung nebst 3 Respektstägen bis zur Zahlung oder Protestation für sich hat, sohin der Endtermin höchstens der 11. März 1805 gewesen wäre, die gedachte Protestation aber vom 14. März datirt, demnach 4 Tage später am Orte der Bestimmung angekommen ist, so haftet der Remittent O. unstreitig für den hieraus entspringenden Erfolg.

„III) Die Unterliegung in der Hauptsache hat die Verurtheilung in die erlaufenen Prozeßkosten zur Folge.“

§. 13.

Berufung der beklagten Witwe und Nebenverantwortung der Kläger.

Durch dieses Erkenntniß hielt sich die Beklagte beschweret, weil

a) die Einrede der Präklusion des klägerischen Beweises verworfen,

b) der von den Klägern angetretene Beweis als hergestellt erachtet, und

c) sie zur Zahlung des libellirten Contocurrents verurtheilt worden war.

Sie ergriff daher die **Berufung** an das k. Appellationsgericht, und suchte diese Beschwerden zu rechtfertigen, wogegen die Kläger in einer Nebenverantwortung den Ungrund derselben darzuthun strebten *).

§. 14.

Erkenntniß zweiter Instanz auf Ersezungen.

Am 16. Mai 1818 erfolgte das Erkenntniß zweiter Instanz dahin:

„Es sei der vom Untergerichte erlassene Bescheid als „zu frühzeitig erlassen aufzuheben, und habe dasselbe

---

*) Im folgenden §. findet sich die nähere Beleuchtung dieser Beschwerden

„zuvor die Abhör der vorgeschlagenen Zeugen über „die von beiden Theilen eingereichten Probsäze, sowie „über die bereits beigebrachten und in einer hierzu „vorkommenden Frist noch einkommenden Fragstücke „rechtlicher Ordnung nach zu veranstalten, sofort nach „Eröffnung der Zeugenaussagen und eingekommenen „Beweis-Schlußsäzen erst in der Sache, mit Vorbe- „halt der Berufung, zu erkennen."

In den Entscheidungsgründen waren vorzüglich folgende Momente berücksichtiget:

„a) Die erste Beschwerde sei ungegründet; anders aber verhalte es sich

„b) mit der zweiten Beschwerde.

„Die Beklagte habe den Beweis ihrer ersten Einrede: daß der Wechsel unächt und falsch sei, auf den Umstand gegründet, daß derselbe, wenn er auch vor der Verfallzeit eingelaufen wäre, doch nicht würde acceptirt worden sein, da er sich von Seite des Ausstellers Grimaldi nicht in Ordnung befunden habe, vorzüglich weil dieser von demjenigen, auf welchen der Wechsel gezogen worden sei — nichts zu entnehmen gehabt habe.

„Den Beweis dieses erheblichen Umstandes habe dieselbe durch Probsäze mit Zeugen-Benennung und durch Urkunden angetreten; — in der Folge habe sie zwar die Abhör der vorgeschlagenen Zeugen als unnöthig erkläret, aber nur in der Voraussezung, daß ihrer Einwendung — der Gegenbeweis sei als desert auszuschließen, gemäß erkannt werden würde. Weil nun diese Voraussezung nicht eingetreten sei, so werde schon dadurch, daß sie mit Umgehung ihres Zeugenbeweises zur Zahlung der eingeklagten Forderung verurtheilt worden, ihre Beschwerde gerechtfertiget.

„Dieselbe habe aber auch den zweiten alternativen Beweissaz: daß der Wechsel mit Protest zurückgewiesen worden sei, vollständig dargethan.

„Gegenüber sei aus den von ihr vorgelegten und von den Klägern unter Ziff. 1. 2. 3. u. 6. übergebenen Urkunden an und für sich der Gegenbeweis: daß der ganze

Verlust des Wechsels durch die nicht zur rechten Zeit geschehene Präsentation des Wechsels entstanden sei, — nicht zu entnehmen. Sie allein gewährten nicht einmal die Ueberzeugung, daß von dem Handelsmanne O. oder von dem Handelshause in London, durch welches er den Wechsel daselbst habe präsentiren lassen, der Zeitraum zur Präsentation, welchen der Ausdruck à uso andeute, versäumt worden, auch nicht, daß der Zahlungs-Verweigerung kein anderer Grund, als die Verspätung der Präsentation, unterliege, und noch weniger, daß aus diesen beiden Umständen, einzeln oder zusammengenommen, — wenn sie auch wahr wären, — schlechterdings der Verlust des ganzen Wechsels habe entstehen müssen.

„Dem Reverse unter Ziff. 4. stehe die Einwendung der beklagten Witwe allerdings entgegen, daß hier im Beweisverfahren das Versprechen, die Kläger schadlos zu halten, und sich der Ansprüche gegen sie zu begeben, nicht berücksichtiget werden könne; — denn die Kläger hätten ihren Ehemann aus einem Contocurrent belangt, in welchem der Wechsel als eine gelieferte Waare unter anderen Handelsartikeln mit vorkomme, hätten aber keine Klage auf Entschädigung wegen eines ihnen hinsichtlich dieses Wechsels zugegangenen Nachtheiles angestellt.

„Sie hätten sich selbst noch nicht einmal auf eine Erläuterung eingelassen, ob von ihnen demjenigen, der an sie den Wechsel cedirt, der Werth desselben ersezt worden sei; vielweniger ob sie diesen Ersaz hätten leisten müssen, und hierzu für rechtlich verbunden erkannt worden seien.

„Ueber eine solche veränderte Klage auf Schaden-Ersaz sei zur Zeit nicht gehandelt, der Gegner gar nicht gehört, also auch nicht auf Beweis erkannt.

„Das Vorbringen der beklagten Witwe zur ersten Beschwerde: daß die Kläger einen förmlichen Beweis in ihren Gegenbeweisantritt mit eingemischt hätten, welcher als nicht geschehen zu betrachten sei, finde daher auf die erwähnten beiden Urkunden Ziff. 4. u. 5. seine Anwendung.

Hier müsse der Gesichtspunkt, auf den es dermal lediglich ankomme, fest im Auge behalten werden:

Ob der beklagte Theil blos wegen der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation den ganzen Wechsel zu 280 Pfund Sterling, den er nicht bezahlt erhalten habe, zu ersezen schuldig sei.

„Der Handelsmann O. sei zur Zeit der Ausstellung des Reverses überzeugt gewesen, daß die nicht zur rechten Zeit geschehene Präsentation keinen Verlust des Wechsels habe zur Folge haben können. Diese seine Ueberzeugung ergebe noch der Brief Ziff. 5., in welchem er äußere, des Einganges von Genua vollkommen versichert zu sein. Ein Geständniß des Gegenbeweissazes sei also auch nicht aus dem Inhalte des Reverses zu schöpfen. Ueberhaupt handele es sich von einem kritischen Geschäfte unter Kaufleuten; — zu erwarten wäre also gewesen, daß die Kläger die etwa entscheidenden fremden Geseze und die bestehende Observanz besonders unter dem Handelstande glaubwürdig vorzulegen, auch zugleich die Verhältnisse und Abrechnungen, in welchen sie mit denjenigen stünden, die ihnen den Wechsel cedirt hätten, sowie ihre etwaige Korrespondenz mit früheren Innhabern desselben zur gründlichen Beurtheilung, ob durch die Verweigerung der Acceptation ein Verlust an ihrem Vermögen in der That entstanden sei, überzeugend nachzuweisen bemüht sein, nicht aber auf allgemeine keine Gewißheit für sich gewährende Folgerungen aus der verspäteten Präsentation sich beschränken würden, welche Verspätung Unglücksfälle und dgl. entschuldigten (Scherer Handbuch des Wechselrechtes Th. III. S. 799 u. 835.), die auch der Handelsmann O. im Briefe Ziff. 2. angeführt, und die der Kläger gegen Ansprüche ihrer Cedenten sichern, also von selbst den beklagten Theil einer ihm in Rechnung gebrachten so beträchtlichen Forderung, wofür er nichts bezogen, entledigen würden.

„Die Gegenbeweisartikel, welche die Kläger übergeben hätten, paßten jedoch auf den Beweissaz, bezögen sich zum Theile auf die vorgelegten Urkunden, und könnten da-

her, in Verbindung mit denselben, den Gegenbeweis noch herstellen. Die Parteien hätten ein Recht, zu verlangen, daß der Beweis, den sie angetreten, auch vollführet werde. Es erscheine sonach die zweite Beschwerde, — daß der von den Klägern angetretene Beweis nicht für hergestellt hätte gehalten werden sollen, und das hierauf gestüzte Gesuch, das weitere Beweisverfahren fortzusezen, als gegründet, weßhalb, wie geschehen, zu erkennen gewesen sei."

§. 15.

Revision der Kläger und bestätigendes Erkenntniß dritter Instanz.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Kläger die Revision: — es wurde jedoch durch Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes des Reichs vom 14. November 1818 das Erkenntniß zweiter Instanz vom 16. Mai 1818 aus den demselben beigefügten Entscheidungsgründen lediglich bestätiget.

§. 16.

Abstands-Erklärung der Kläger vom Zeugenbeweise und Verfügung hierauf.

Nachdem nun die vorwürfige Sache mehrere Jahre hindurch von keiner der Parteien betrieben, dieselben aber am 14. Mai 1824 aufgefordert worden waren, sich über die Fortsezung dieses Rechtstreites zu erklären, gaben die Kläger ihre Erklärung dahin ab:

> daß sie von Durchführung des Zeugenbeweises abstünden, weil eingezogenen Erkundigungen zufolge Keiner der vorgeschlagenen Zeugen in London mehr vorhanden, vielmehr fast Alle mit Tod abgegangen seien.

Dagegen erboten sich dieselben wiederholt zum Erfüllungseide, und trugen der beklagten Witwe wiederholt den Haupteid dahin auf:

> daß der fragliche Wechsel nicht aus Schuld des Andreas O., weil der Wechsel erst nach der Verfallzeit

präsentirt worden, nicht gezahlt worden sei, und daß aus der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels nicht entstanden sei.

Zur näheren Erläuterung der Sache selbst und der einschlägigen Rechtsbestimmungen analoger Geseze übergaben sie jedoch

a) eine Abschrift der frankfurter Wechselordnung §. 27 *);
b) eine Abschrift des frankfurter Senatsbeschlusses vom 4. Septbr. 1798, als Erläuterung des angezogenen §. 27. der frankfurter Wechselordnung **);
c) eine Abschrift der augsburger Wechselordnung vom 1. Dez. 1778, Kap. V. §. 7. ***);
d) einen Originalprotest vom 5. April 1805, welcher über den fraglichen Wechselbrief bei dem nächsten Giranten Salomon S. erhoben worden, und nach welchem die Zahlung deßhalb verweigert wurde, weil der fragliche Wechsel zu spät in London präsentirt worden.

Die Kläger baten, auf diese Momente bei Entscheidung der Sache geeignete Rücksicht zu nehmen.

Nachdem nun auch noch die Beklagte zur Erklärung aufgefordert worden war, ob sie auf Durchführung ihres Beweises durch Zeugen bestehe, widrigens sie für verzich-

---

*) „Dahingegen, wenn mit der Protestation nicht ordentlich „verfahren oder die Briefe zu spät zur Zahlung präsentirt „worden, fällt, wenn Schaden daraus entstehet, die Schuld „auf denjenigen, der solches vernachlässiget, und ist alsdann „weder Ausgeber noch Girant gehalten, dafür weiter zu ste„hen, oder Rede und Antwort zu geben."

**) Sieh §. 19.

***) „Wenn jedoch der Girant eines solchen unbezahlt zurückge„kommenen Wechselbriefes nicht etwa zu erweisen sich erbie„tet, sondern in continenti klar und unwidersprechlich erwei„sen kann, daß die Exigirung der Zahlung zu spät . . . er„folgt . . . so ist er auch nicht schuldig zu bezahlen, noch sich „dessen weiters anzunehmen."

tend auf den Zeugenbeweis erachtet werden solle, von Seite der Beklagten aber in der vorgesezten Frist keine Erklärung erfolgte, so wurde dem angedrohten Rechtsnachtheile gemäß dieselbe für verzichtend auf den Zeugenbeweis erachtet, und dem Antrage der Kläger auf Eröffnung eines Urtheiles in der Hauptsache nach Lage der Akten Plaz gegeben.

§. 17.

Erkenntniß erster Instanz auf Eid.

Am 2. Mai 1828 erließ nun das Untergericht folgendes Erkenntniß:

„Die beklagte Witwe habe den Reinigungseid dahin „zu leisten:

„daß sie weder wisse noch glaube, daß aus dem „Grunde, weil die Präsentation des Wechsels dd. „Genua am 8. Dezember 1804 über 280 Pfund Sterling nicht zur rechten Zeit geschehen sei, der Verlust des ganzen Wechsels entstanden sei.“

In den Entscheidungsgründen, denen eine ausführliche Sach- und Prozeßgeschichte vorangeschickt war, heißt es:

„Bei dem ausdrücklichen und stillschweigenden Verzichte auf den Zeugenbeweis ist nun das Resultat des Urkundenbeweises zu würdigen.

„Die erste Alternative des der Beklagten obliegenden Beweises: daß der Wechsel rc. mit Protest zurückgewiesen worden sei, ist durch die vorgelegten Urkunden vollkommen dargethan und hierdurch die Klage elidirt und zerstört, und es hat auf die zweite Alternative: daß der Wechsel unächt und falsch sei, gar nicht mehr anzukommen, weil schon der erstere alternative Thatumstand dem Klaggrunde vernichtend entgegensteht.

„Die Kläger suchten nun den Beweis ihrer Replik: daß aus der nicht zur rechten Zeit geschehenen Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels entstanden sei, theils durch die on der Beklagten angeführten Urkunden, theils

durch die Urkunden Ziff. 1 mit 6 zu liefern. Allein die Urkunde Ziff. 4 kann hier nicht als Hauptbeweismittel zugelassen und berücksichtiget werden, weil sie sich auf ein Versprechen des O., die Kläger wegen dieses Wechsels schadlos zu halten, und sich der Ansprüche gegen sie zu begeben, beziehet, die Klage aber nicht auf ein solches Versprechen begründet und nicht auf Schadenersaz gerichtet ist.

„Aus den sämmtlichen übrigen Urkunden — (die anerbotene eidliche Ableugnung der Urkunde Ziff. 1 ist unstatthaft, da ihre Aechtheit bei Vergleichung der Hand- und Unterschrift mit einem vom Beklagten selbst vorgelegten Schreiben unverkennbar ist) — geht hervor, daß der fragliche Wechsel nicht zur rechten Zeit präsentirt worden ist, sondern verfallen war, und deßhalb keine Aufnahme und Zahlung erhalten hat, welche er außerdem, und wenn er zur rechten Zeit präsentirt worden wäre, gefunden haben würde.

„Eben daher geben diese Urkunden die nicht ungegründete Vermuthung, daß durch die in Folge des Saumsales des O. nicht erfolgte Bezahlung des Wechsels den Klägern ein Nachtheil zugegangen ist, und sie um den Wechselbetrag gekommen sind. Worin aber dieser von denselben gleichfalls zu beweisende Schade bestanden ist, wie weit solcher sich erstreckt, und ob insbesondere jene Fahrlässigkeit den Verlust des ganzen Wechsels nach sich gezogen hat, dies bleibt ungewiß. Hierfür ergibt sich weder ein zureichender Beweis aus den Urkunden, noch wurde er, bei dem Verzichte auf die Zeugenprobe, auf andere Art geliefert. Dies hätte überhaupt, und abgesehen von anderen möglichen speziellen Fällen, durch den Nachweis geschehen können, daß nach englischem Wechselrechte und Herkommen auf die nicht gehörige und rechtzeitige Präsentation der Verlust des ganzen Wechsels gesezt sei, indem bei diesem Nachweise der Beklagte als Remittent wegen des ihm nach gemeinem Wechselrechte (Runde, teutsches Privatrecht. §. 248. Danz, teutsches Privatrecht. Th. II. §. 243.) zur Last fallenden Saumsals in der gehörigen Präsentations-Besorgung hierfür um so mehr haften müßte,

als er nicht dargethan hat, daß die Verspätung durch einen Zufall, den er nicht abwenden konnte, veranlaßt wurde.

„Zwar haben sich die Kläger zum nähern Nachweise, kurz vor Erlassung dieses Erkenntnisses, auf die Bestimmungen der frankfurter und augsburger Wechselordnungen, und auf einen bei dem nächst vorgehenden Giranten erhobenen Wechselprotest berufen, wornach der Remittent wegen verspäteter Präsentation und Protestation für den Wechselwerth zu stehen, und deßhalb der nächste Girant die Einlösung des fraglichen Wechsels verweigert hat. Auch trugen dieselben hierin eventuell der Beklagten den Haupteid auf. Allein dieser nachträgliche Beweisantritt kann als verspätet und desert keine Berücksichtigung verdienen.

Ger. Ord. Kap. 11. §. 6. u. 11. Novelle vom 20. Aug. 1811. §. 4. Novelle v. 22. Juli 1819. §. 18.

„Ueberdies würden bezüglich des zu erprobenden Verlustes, welcher durch die erwiesener Maßen zu späte Präsentation für die Kläger entstanden sein soll, nicht die frankfurter und augsburger Wechselrechte, sondern die englischen in London geltenden Wechselgeseze und Observanzen hier zur Anwendung kommen, und von den Klägern glaubhaft nachzuweisen sein, da der Wechsel in Genua ausgestellt, auf London indossirt, und à uso in London zu zahlen war, folglich der englische resp. londoner Gebrauch bei Präsentation und Protestation der Wechsel und rücksichtlich deren rechtlicher Folgen für den Trassanten, Remittenten und die Indossanten einzutreten hatte.

„Wenn sohin nicht aus den übrigen Urkunden eine erhebliche Vermuthung für den Nachtheil und Verlust, welcher aus der vom Beklagten O. verschuldeten Fahrlässigkeit in gehöriger Besorgung der Präsentation des Wechsels möglicher Weise für die Kläger entstanden sein kann, streiten würde, so müßte deren Beweis als gänzlich mißlungen, nicht einmal, besonders hinsichtlich der Quantität des angeblichen Verlustes, zum Erfüllungseide qualifizirt betrachtet, und der beklagte Theil, bei der von ihm gelieferten

Probe der die Klage zerstörenden Einrede, von dieser freigesprochen werden.

„Jener billige Zweifel und Verdacht hinsichtlich eines zugefügten Verlustes an sich und nach seiner Quantität, welcher auf dem beklagten Theile haftet, läßt indeß eine solche Entbindung zur Zeit noch nicht zu; vielmehr hat sich Lezterer hiervon zu reinigen, und zu diesem Ende zur Bewirkung einer gänzlichen Freisprechung oder Verurtheilung in der Hauptsache den Reinigungseid abzuleisten, welcher ohnehin den ganz subsidiären Haupteid, wenn er auch nicht verspätet, sondern rechtzeitig übertragen wäre, ausschließen würde. Ger. Ord. Kap. 13. §. 3.

„Da der Reinigungseid jedenfalls nach der Praxis auch als Glaubenseid zuläßig ist, so muß dem beklagten Theile, als Erben des ursprünglichen Beklagten, dieser Eid als Glaubenseid um so mehr aufgetragen werden, da Andreas O. dieses Handelsgeschäft selbst vor längerer Zeit besorgte, seine Erben also hiervon nicht wohl eine eigene gute Wissenschaft haben können."

§. 18.

Berufung der Kläger.

Durch dieses Erkenntniß hielten sich die Kläger beschweret, ergriffen die Berufung, und stellten folgende Beschwerden auf:

I) daß das von dem Stadtgerichte am 26. Sept. 1817 erlassene und verkündete Erkenntniß nicht wiederholet, und demgemäß die Beklagten nicht zur Zahlung des libellirten Betrages sammt Zinsen und Kosten verurtheilt worden,

II) daß in dem neu entworfenen Urtheile der den Klägern auferlegte Beweis nicht für vollkommen erbracht erkläret, wenigstens nicht einmal als zur Hälfte gestellt angesehen, und die Kläger nicht zum anerbotenen Erfüllungseide zugelassen, sondern der Witwe des Beklagten der Reinigungseid zuerkannt worden sei.

Diese Beschwerden suchten dieselben durch eine aus-

führliche Sach- und Prozeßgeschichte zu rechtfertigen, deren Hauptmomente sich hier kurz zusammengedrängt finden.

Zu I. Sie behaupteten hierzu, das königliche Kreis- und Stadtgericht habe am 26. Sept. 1817 erkannt:

der den Klägern auferlegte Beweis sei für gestellt zu erachten, sonach der Beklagte schuldig, den libellirten Contocurrent sammt Zinsen und Kosten zu bezahlen.

„Das königliche Appellationsgericht habe nun dieses Erkenntniß als zu frühzeitig erlassen aufgehoben, die Durchführung des Zeugenbeweises angeordnet, und von dem Resultate desselben, in Verbindung mit dem Urkundenbeweise, die Entscheidung der Hauptsache abhängig gemacht.

„Die fernere Instruktion des Beweises durch Zeugen sei aber hinweggefallen, theils wegen des Abstandes von diesem Beweismittel, theils wegen des für den beklagten Theil ausgesprochenen Ausschlusses. Es habe sonach lediglich auf das Resultat des Urkundenbeweises anzukommen, und es falle die oberrichterliche Verfügung, nach welcher das kreis- und stadtgerichtliche Erkenntniß vom 26. Sept. 1817 als zu frühzeitig erlassen erkannt worden, — als wirkungslos hinweg. Das Kreis- und Stadtgericht hätte daher einzig und allein auf sein am 26. Sept. 1817 erlassenes Erkenntniß hinweisen sollen, da es in demselben den Urkundenbeweis genugsam gewürdiget habe, und es habe also der Entwerfung eines neuen Urtheiles nicht bedurft.

„Hätte man aber auch ein neues Erkenntniß entwerfen und erlassen wollen, — so hätte es kein — den Inhalt des vorigen abänderndes — sein dürfen; denn es laufe allen Rechtsprinzipien und allen Rechtsformen zuwider, wenn ein Untergericht sein in einer und derselben Sache vor längerer Zeit verkündetes Erkenntniß späterhin bei noch ganz gleicher Aktenlage auf eine solche Art umändere, daß es denselben Beweis für nicht zur Hälfte gestellt erachte, den es im früheren Erkenntnisse für vollkommen gestellt erklärt habe. Ein solcher Widerspruch mit sich selbst, mit den eigenen Ansichten und Meinungen könne nicht bestehen, denn was derselbe Richter

in derselben Sache einmal für Recht erkannt habe, dürfe er späterhin nicht abändern, und dies um so weniger in einem Falle, wie der vorliegende, bei welchem die Lage der Sache auch nicht im Mindesten verändert worden sei. — Nur dem Ermessen eines höheren Gerichtshofes könne es vorbehalten bleiben, das von einem Untergerichte erlassene Erkenntniß abzuändern; — dem Untergerichte selbst aber könne eine solche Befugniß nicht zustehen, weil eine solche Befugniß das Recht und die Formen des Rechtes in den innersten Grundlagen erschüttern und zum Wanken bringen würde.

„Es habe hierbei auch gar nicht darauf anzukommen, ob bei einem Untergerichte, dessen Verfassung kollegialisch sei, dieselben Personen, welche früher das Kollegium gebildet hätten, später im gleichen Falle zusammenträten oder nicht: — es genüge, daß dasselbe Gericht — als Gerichtsbehörde — eine Entscheidung erlassen und vor längerer Zeit verkündet habe, und die Natur der Sache bringe mit sich, daß diese Entscheidung in der Folgezeit von demselben Gerichte aufrecht erhalten werden müsse.

„Der etwaige Einwand, daß das in Frage stehende Erkenntniß durch die Aussprüche der höheren Instanzen aufgehoben worden, zerfalle nach dem bereits Gesagten in sich, da in dem dispositiven Theile der oberrichterlichen Verfügung nicht sowohl eine Reformation, als vielmehr eine Suspension des Erkenntnisses zum Zwecke der vorgeschriebenen Ordination enthalten sei, welche die Durchführung des beiderseitigen Zeugenbeweises bestimme. Bei der Verzichtleistung beider Theile auf das Beweismittel durch Zeugen falle die Suspension des Erkenntnisses hinweg, und der erstrichterliche Bescheid werde rechtskräftig, um somehr, da das Untergericht von den Entscheidungsgründen, welche die oberrichterliche Ordination veranlaßt haben möchten, keine Notiz zu nehmen habe, weil diese nicht rechtskräftig würden.

„Es hätte demnach das kreis- und stadtgerichtliche Urtheil vom 26. Sept. 1817 seinem ganzen Inhalte nach

wiederholet, und beklagter Theil, wie dort geschehen, verurtheilt werden sollen.

Zu II. Zur Rechtfertigung der zweiten Beschwerde beriefen sich die Kläger auf die dem Erkenntnisse v. 26. Sept. 1817 beigefügten Entscheidungsgründe, die sie noch näher erläuterten und auseinandersezten, dann auf die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses v. 2. Mai 1828, in welchen das Untergericht als richtig angenommen habe, daß der Beklagte nach den vorgelegten Urkunden seine Verbindlichkeit zur Schadloshaltung wegen des Verlustes anerkannt, und sich zum vollen Ersaze anheischig gemacht habe, — sowie daß aus diesen Urkunden die nicht ungegründete Vermuthung sich ergebe, daß durch die in Folge des Saumsales des Beklagten O. nicht erfolgte Zahlung des Wechsels den Klägern ein Nachtheil zugegangen, und sie um den Wechselbetrag gekommen seien, — und sezten noch bei:

„Durch die vorgelegten und anerkannten Urkunden sei nicht blos die Vermuthung begründet, sondern voller Beweis erbracht, daß sie um den Wechselbetrag gekommen seien; denn Wechselbetrag sei nichts Anderes, als der Verlust des ganzen Wechsels, und es habe gar nicht auf den ferneren Nachweis anzukommen, worin ihr Schaden bestanden, und wie weit sich solcher erstreckt habe, da Alles dieses durch den geschehenen Nachweis des, wegen des Saumsales in Besorgung der Präsentation des Wechsels vor seiner Verfallzeit, erlittenen Verlustes vom ganzen Wechsel hinreichend entschöpft sei.

„Das Untergericht habe sonach eine blose Vermuthung hier gar nicht aufstellen können, da die evidenteste Gewißheit vorhanden sei, daß die nicht zur rechten Zeit gehörig vorgenommene Präsentation des Wechsels den Verlust desselben nach sich gezogen habe.

„Zudem sei durch die vorgelegten und anerkannten Urkunden nachgewiesen, daß der Beklagte O.

a) den fraglichen Wechsel, dessen verspätete Präsentation er veranlaßt zu haben bewiesen vorliege, zu sich genommen,

b) sich deßhalb an den Aussteller des Wechsels gewendet,
c) das klagende Handelshaus von allen Ansprüchen wegen des fraglichen Wechsels freigegeben,
d) seine Verbindlichkeit, den Betrag des fraglichen Wechsels zu bezahlen, einbekannt, und
e) die Sache wegen dieses Wechsels als seine eigene Sache anerkannt und behandelt habe. —

„Das Untergericht selbst beziehe sich auf die Behauptungen der bewährtesten Lehrer des teutschen Privatrechtes rücksichtlich der in Wechselgeschäfte getretenen Personen und ihrer Verbindlichkeiten, als allgemein geltende Rechtsnormen.

„Es habe daher — bei den vorliegenden Bestimmungen des gemeinen Wechselrechtes — im vorliegenden Falle auf die besonderen Bestimmungen der englischen Wechselgesezgebung nicht anzukommen; — denn rücksichtlich des vorliegenden Falles stimmten alle europäischen Wechsel-Gesezgebungen darin überein, daß der Remittent wegen des ihm zur Last fallenden Saumsals in der gehörigen Besorgung der Präsentation hierfür haften müsse; — weil alle Wechselordnungen in ihren wesentlichen Bestandtheilen gleichen Charakter besäßen, und eine solche Haftung in den Grundsäzen des kommerziellen Verkehres, des kaufmännischen Kredites und in den eigenthümlichen Formen des Wechsel-Institutes ihre Rechtfertigung fänden.

„Was nun schon nach gemeinem Wechselrechte rücksichtlich der Verbindlichkeiten eines Wechselinnhabers Rechtens sei, bedürfe keines weiteren Beweises.

„Nicht zum Zwecke einer weiteren Beweisstellung, sondern vielmehr zur Anschaulichmachung des Umstandes, daß die im gemeinen Wechselrechte vorkommenden Verbindlichkeiten der Wechselinnhaber auch in den besondern Wechselordnungen aufgeführt würden, — seien die Abschriften der einschlägigen Bestimmungen der frankfurter und augsburger Wechselordnung übergeben, resp. sei darauf Bezug genommen worden.

„Nach diesen Bestimmungen könne für die Kläger nur eine günstige Entscheidung erfolgen.

„Jedenfalls eigne sich die vorwürfige Sache nicht zur Zulassung der beklagten Witwe zum Reinigungseide; vielmehr müsse auf den Erfüllungseid erkannt werden, weil die Kläger von der Sache vollkommene Kenntniß hätten, sohin über Wahrheit schwören könnten, während der beklagte Theil nur den Glaubenseid ablegen könne, in welchem Falle jedesmal der Wahrheits- resp. Erfüllungseid dem Glaubenseide vorzuziehen sei.

„Jeder etwa noch mögliche Zweifel könne aber durch die Eidesformel gehoben werden, in welcher die Kläger diesen Eid abzuleisten erbietig seien, und in welcher das ganze Sachverhältniß deutlich und bestimmt enthalten sei, nämlich:

daß, weil der fragliche Wechsel aus Schuld des Beklagten O. erst nach der Verfallzeit protestirt worden sei, ihnen der Regreß an ihren Cedenten, aus Ursache der nicht zur rechten Zeit geschehenen Protestation, gänzlich verloren gegangen sei.

„Dadurch, daß beschworen werde, daß ihnen der Regreß an ihren Cedenten verloren gegangen sei, hätten sie zugleich den Eid darüber abgeleistet, daß der Verlust des ganzen Wechsels entstanden sei ꝛc. ꝛc.“

§. 19.

Bestätigendes Erkenntniß zweiter Instanz.

Durch das am 13. April 1830 erlassene Erkenntniß des k. Appellationsgerichtes wurde das vom Untergerichte am 2. Mai 1828 erlassene Urtheil — unter Vergleichung der Kosten — lediglich bestätiget.

In den Entscheidungsgründen heißt es:

„Die erste Beschwerde sei ungegründet, denn das kreis- und stadtgerichtliche Urtheil vom 26. Sept. 1817 sei durch Erkenntnisse höherer Instanzen aufgehoben worden; — dasselbe habe sonach aufgehört, im rechtlichen

Sinne

Sinne zu existiren, und habe alle rechtliche Wirkung verloren. Wenn daher auch späterhin in der Hauptsache die Aktenlage wieder dieselbe geworden, welche zur Zeit des am 26. Sept. 1817 erlassenen Erkenntnisses vorhanden gewesen, so sei die Sache doch nun eben wieder so der ganz freien richterlichen Beurtheilung unterlegen, wie dieses bei der Fällung des Urtheiles am 26. Sept. 1817 der Fall gewesen, und das Untergericht würde gegen Recht und Pflicht gehandelt haben, wenn es, anstatt in eine neue Prüfung der Sachverhältnisse einzugehen, und seine nun geschöpfte rechtliche Ueberzeugung auszusprechen, lediglich das Urtheil vom 26. Sept. 1817 wiederholt hätte.

„Auch die zweite Beschwerde sei ungegründet; denn die Kläger hätten den ihnen vorbehaltenen Beweis ihrer Replik weder ganz noch zur Hälfte gestellt.

„Es sei zwar vollkommen erwiesen:

a) daß der fragliche Wechsel nicht zur rechten Zeit präsentirt resp. protestirt worden,

b) daß die nächste Ursache der nicht erfolgten Acceptation und Zahlung des fraglichen Wechsels die verspätete Präsentation desselben gewesen, — allein der Beweis der Thatsachen: daß der in Frage stehende Wechsel nicht rechtzeitig präsentirt worden, und daß darum derselbe weder von dem Trassaten, noch von einem Noth-Adressaten acceptirt und gezahlt worden, entschöpfe durchaus den — den Klägern obgelegenen — Beweissaz nicht.

„Es hätten nämlich diese Thatumstände noch keineswegs den Verlust des ganzen Wechsels d. h. des vollen Wechselbetrages zur rechtlichen Folge; denn nach allgemeinen Grundsäzen habe eine Verspätung der Präsentation und des Protestes nur den Verlust der strengen Wechsel-Regreßklage zur rechtlichen Folge: — dagegen bleibe das Recht, das Interesse im Wege des ordentlichen Prozesses gegen die Vormänner, insbesondere den Wechsel-Aussteller — den Trassanten — zu verfolgen, insoweit unverlezt, als das Interesse den durch das Versäumniß

für die Vormänner oder für den Aussteller wirklich entstandenen Schaden übersteige.

Mittermaier, Grundsäze des gemeinen teutschen Privatrechts. §. 246. a. Eichhorn, Einleit. in das teutsche Privatrecht. §. 139. Hufeland vom Wechselprotest. §. 63.

„Der Verlust des ganzen Wechsels könne nach der Natur der Sache durch ein solches Versäumniß wohl nur dann entstehen, wenn entweder der Trassat, welcher die Deckung bereits erhalten habe, während der Verspätung fallire und bei rechtzeitiger Präsentation noch Zahlung geleistet haben würde, oder wenn der Trassant in der Zwischenzeit selbst zahlungsunfähig geworden sei; — außerdem bestehe immer das Recht und die Möglichkeit, von dem Wechselaussteller — dem Trassanten — den Ersaz des Wechselwerthes — der Valuta — zu verlangen und zu erhalten, und es könne ein Verlust des ganzen Wechsels durch Verspätung der Präsentation und des Protestes nicht entstehen.

„Daß, von diesen allgemeinen Grundsäzen abweichend, das in London oder Genua geltende Wechselrecht die nicht rechtzeitig geschehene Präsentation mit dem Verluste des ganzen Wechsels belege, sei nicht einmal behauptet und noch viel weniger nachgewiesen, und das frankfurter Wechselrecht stimme geradezu mit den angeführten allgemeinen Grundsäzen überein, indem in der durch einen Senats-Beschluß vom 4. Sept. 1798 gegebenen Erläuterung des §. 27. der Wechsel-Ordnung vom 18. Juni 1739 im §. 3. ausdrücklich bestimmt sei:

daß, soviel die Person des Trassanten belange, wenn gegen diesen der Regreß wegen eines verspäteten oder vernachlässigten Wechsels nach Wechselrecht zwar ebenfalls verloren werde, der Trassant jedoch, insoferne sich derselbe sonst mit dem Schaden des Wechselinnhabers ungerechter Weise bereichern würde, im Wege des ordentlichen gemeinen Prozesses von dem Wechselinnhaber auf die Zurücklieferung der für den abge-

gebenen Wechsel von dem Remittenten zu seiner Zeit empfangenen Valuta in rechtlichen Anspruch genommen werden möge.

„Daß aber im vorwürfigen Falle die gegen den Wechselaussteller rechtlich begründete Forderung des Ersazes der Valuta entweder in Folge eines durch das Statt gehabte Versäumniß für ihn selbst entstandenen Schadens zerstört worden sei, oder daß diese Forderung in Folge des Versäumnisses gegen ihn nicht beitreibbar oder erhebbar geworden sei, — hierüber lieferten die vorgelegten Urkunden nicht den mindesten Beweis. Vielmehr habe nach der Urkunde Ziff. 3. der Trassant selbst seine Verbindlichkeit zum Ersaze des ganzen Wechselwerthes und der gehabten Auslagen anerkannt: — daß aber die Forderung gegen den Trassanten nicht beigetrieben werden könne, möge noch keineswegs daraus gefolgert werden, daß nach der Urkunde Ziff. 6. ein auf den Aussteller des fraglichen Wechsels gezogener Wechsel mit Protest Mangels der Zahlung zurück gekommen; und ebensowenig könne eine Vermuthung für dessen Insolvenz daraus abgeleitet werden, daß es in dem vom Beklagten vorgelegten Briefe v. 7. Mai 1805 heiße:

„„Gedachte Tratte würde jedoch nie acceptirt wor-
„„den sein — wenn solche auch vor Verfall einge-
„„laufen wäre — der Trassant wird die Ursachen
„„ohne Zweifel besser zu erklären wissen,""

denn diese Worte seien ganz unbestimmt.

„Da nun ferner die Vermuthung eines den Klägern durch das in der Frage stehende Versäumniß zugegangenen Schadens hier nicht erheblich sein könne, wenn dieser Schade nicht im Verluste des ganzen Wechsels bestehe, — da es sich nicht von einer Entschädigungsklage handle, — und da die Urkunden Ziff. 4. u. 5., insoferne sie auf die Herstellung eines vor dem Beweisverfahren nicht vorgekommenen Klaggrundes abzielten, rechtlich nicht berücksichtiget werden könnten, — so könne es keinem Zweifel unterliegen, daß die Kläger den ihnen obgelegenen Beweis weder ganz noch auch zur Hälfte hergestellt hätten, weß-

halb dieselben durch das Erkenntniß auf den Reinigungseid nicht beschwert seien.““ ꝛc. ꝛc.

§. 20.

Nachschrift.

Gegenwärtig beruht der hier vorgetragene Rechtsfall noch auf Ableistung des Reinigungseides von Seite des beklagten Theiles.

Die lange Dauer dieses Rechtstreites ist theils dem Umstande zuzuschreiben, daß in früheren Zeiten, und insbesondere vor dem Erscheinen der Novelle vom 22. Juli 1819, Gesuche um Fristverlängerungen in jedem Prozeß-Stadium häufig Statt fanden, theils daß derselbe mehrere Jahre hindurch von den Parteien, öfterer gerichtlichen Aufforderungen ungeachtet, nicht betrieben wurde.

Merkwürdig scheint mir der vorgetragene Rechtsfall in mehrfacher Hinsicht,

1) wegen der in drei Instanzen verschiedenartig gefaßten Gestaltung der Beweissäze,

2) wegen des Anstandes, ob derselbe in einem Lande, wo keine Wechsel-Gesezgebung bestand, nach Wechselrecht zu entscheiden gewesen, oder nicht, und im ersten Falle, welche Wechsel-Gesezgebung zu Grunde zu legen gewesen?

3) hinsichtlich der Frage: ob ein Untergericht in einer und derselben Sache sein vor längerer Zeit verkündetes Erkenntniß späterhin bei noch ganz gleicher Aktenlage auf eine solche Art umändern könne, daß es denselben Beweis für nicht zur Hälfte gestellt erachte, den es im frühern Erkenntnisse für vollkommen gestellt erklärt hat?

Meine eigene Ansicht findet sich im §. 18. dargestellt.

XI.

Ueber die Nothwendigkeit der Protest-Erhebung bei eigenen Wechseln.

Von

einem Ungenannten.

Nach dem Ausspruche der bewährtesten Civilisten *) ist gemeinrechtlich bei eigenen Wechseln (häufig auch Solawechsel genannt), wenn der Schuldner am Zahlungstage die Bezahlung nicht leistet, die Erhebung eines Protestes zur Aufrechthaltung der Wechselklage nicht erforderlich. Einige partikularrechtliche Wechselordnungen schreiben indessen vor, daß eigene Wechsel im Nichtbezahlungsfalle protestirt werden müssen.

Nur alsdann bedürfen auch gemeinrechtlich eigene Wechsel der Protest-Erhebung, wenn sie indossirt worden. Die baierische Wechselordnung v. J. 1785 stimmt in dieser Materie mit dem gemeinen Rechte vollkommen überein. Dieselbe verordnet §. 5. Nr. 2:

„Eigene Wechselbriefe bedürfen keiner Präsentation „und Acceptation, und einer Protestation nur als„dann, wenn der Brief auf Ordre gestellt, oder „einem Dritten abgetreten worden wäre."

Auch die augsburger Wechselordnung v. J. 1778 ent-

---

*) Danz, Handb. des heut. teutsch. Privatrechts, Bd. II, §. 248. Eichhorn, Einleit. in d. teutsche Privatrecht (3. Ausg.) §. 146.

hält die nämliche Vorschrift, indem es darin Kap. III. §. 14. heißt:

„Eigene Wechselbriefe bedürfen der Acceptation nicht,
„und sind ohne diese der Exekution unterworfen; sind
„solche durch Giri gelaufen, so müssen sie zur Acceptation präsentirt, und bei Ermanglung der Acceptation protestirt werden.“

Daß jedoch troz dieser allgemeinen Anforderung des Gesezes, daß girirte Solawechsel der Protestation bedürfen, die Unterlassung des Protestes nur auf das rechtliche Verhältniß zwischen dem Indossanten und Indossatar, nicht auf jenes zwischen dem ursprünglichen Wechselgläubiger und Wechselschuldner, von Einfluß sein könne, — mit andern Worten: daß nur die Regreßklage des Indossatars wider den Indossanten, nicht aber die Wechselklage des ursprünglichen Wechselgläubigers gegen den Aussteller des Solawechsels durch die Protest-Einlegung bedingt ist, — dürfte die Entscheidung des nachstehenden Rechtsfalles zeigen.

Der Handelsmann A. zu N., über dessen Wechselfähigkeit und Aufnahme in die Wechsel-Matrikel ein Streit nicht obwaltete, stellte dem Kaufmann B. von M. einen eigenen Wechsel auf die als empfangen bekundete Valuta von 100 fl., in 3 Monaten a dato zahlbar, aus.

Diesen Wechsel, der die im §. 2. der baier. Wechselordnung vom J. 1785 vorgeschriebenen Eigenschaften in sich vereinigte, girirte B. (wie auf der Kehrseite des Orginals zu ersehen war, auch von ihm eingeräumt wurde,) an das Handelshaus C., und von diesem ging der Wechsel auf gleiche Weise auf D. über. Der lezte Innhaber des Wechsels verlangte nun nach eingetretener Verfallzeit die Zahlung, die jedoch nicht erfolgte, so, daß, unter Auflösung der Giri, indem solche auf der Urkunde durchstrichen wurden, der Wechsel wieder an den ursprünglich Berechtigten — an B. zurückging.

Derselbe klagte sofort den fraglichen Wechsel im Wechselprozesse gegen A., sammt den Zinsen vom Verfalltage an, ein.

Bei der zur Vorlage und Anerkennung oder eidlichen Ableugnung des Sola-Wechsels, dann schlüßlicher Verhandlung Statt gehabten Tagfahrt erkannte der Handelsmann A. den gedachten Wechsel zwar an, schüzte jedoch die Einrede der unzuläßigen Wechselklage vor, weil, nachdem der Wechsel durch Giri gelaufen, die Präsentation und Acceptation, dann Protest-Einlegung hätte geschehen sollen, was unterlassen worden sei.

Das Wechselgericht erster Instanz wies hierauf die Klage angebrachter Maßen, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, ab.

Als Entscheidungsgrund führte dasselbe an:

„Nach §. 5. Nr. 2 der baierischen Wechselordnung in Verbindung mit §. 14 der augsburger Wechselordnung bedürfen zwar eigene Wechsel Acceptation nicht; sind dieselben aber durch Giri gelaufen, so müssen sie zur Acceptation präsentirt, und bei Ermangelung derselben protestirt werden. Da nun der Orginalwechsel nachweiset, auch zugestanden ist, daß hier wirklich Giri Statt gefunden haben, die Vorschrift obiger Gesezstelle aber nicht beobachtet worden ist; so fehlt dem Klagegrunde ein wesentliches Requisit, und die Klage mußte daher abgewiesen werden, jedoch nur in der Art, wie sie angebracht wurde, da der gerügte Mangel noch ersezt und die Klage dann erneuert werden kann."

B. ermangelte nicht, die Berufung gegen diese Sentenz zu ergreifen.

Als Beschwerde stellte er auf, daß seine Klage angebrachter Maßen abgewiesen, und nicht vielmehr der darin enthaltenen Bitte gemäß entschieden worden sei, und versuchte deren Rechtfertigung durch folgende Argumente:

„1) Ein Protest sei der Nachweis des Wechselinnhabers, die ihm obliegenden Verbindlichkeiten zur gehörigen Zeit erfüllt zu haben, zugleich auch die Rechtswahrung des Wechselbesizers gegen seinen Autor.

„Eine solche ausdrückliche Rechtswahrung sei zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner unmittelbar nicht nothwendig, da der Anspruch jenes an diesen im Vertrags-

Akte selbst schon begründet liege. Nur bei dem Eintritte von Dritten sei der Vorbehalt von Rechtszuständigkeiten in der Sphäre des Wechselrechtes erforderlich, und darum werde der Protest blos bei Tratten und bei indossirten Solawechseln Statt finden können. —

„II) Nach diesem allgemeinen Grundsaze seien auch die hier einschlägigen Bestimmungen der baier. Wechselordnung zu beurtheilen.

„Nur der im Giro, in den Händen eines Dritten befindliche Solawechsel bedürfe demnach einer Protest-Erhebung.

„Sein Wechsel sei im Giro gelaufen, und es hätte der lezte Innhaber D. allerdings protestiren lassen können. Daß es nicht geschehen, habe indessen nur Bezug auf dessen Regreß gegen seinen Indossanten. Dieses Verhältniß des Giro sei durch gütliche Ausgleichung aufgehoben worden, und der Wechsel wieder an ihn gekommen.

„Der Umstand, daß die Abtretungen auf dem Rücken seines Wechsels durchstrichen seien, erscheine sehr unerheblich. Schon nach der Natur der Sache, sowie nach gemeinrechtlichen Grundsäzen, könne jeder Vertrag, daher auch der Cessions-Vertrag — im Wechselverhältniß Giro, Indossament genannt, wieder aufgehoben werden, und das erkennbare Zeichen hierfür sei unter andern das Durchstreichen, das Löschen der zur Cession etwa gebrauchten Schriftform.

„Diese Methode käme im Wechselgeschäfte täglich vor, und es sei eine bekannte Sache, daß dergleichen Giri durch ihr Ausstreichen als aufgehoben angezeigt würden.

„III) Von Protest oder Nichtprotest sei beim Solawechsel nur die Sprache zwischen den Personen außer dem Wechsel-Schuldner; derselbe könne unterlassen werden, sobald sich die Interessenten rücksichtlich der Ausgleichung unter sich verstünden, wie dieß hier der Fall gewesen.

„Den Aussteller eines Solawechsels gehe in keiner Hinsicht die Frage des Protestes etwas an; er sei und bleibe Schuldner, ihm müsse es gleichgiltig sein, wie sich die

dritten Innhaber seines Schuldbriefes mit oder ohne wechselseitige Rechtswahrung gegen einander ausgleichen, und sein Einwand über nicht geschehene Präsentation oder Protestation sei immerhin eine offenbar von dem Rechte eines Dritten hergenommene Einrede, da er unter allen Verhältnissen demjenigen Zahlung zu leisten habe, der den Wechsel besize.

„IV) Sein Wechsel befinde sich nicht mehr in den Händen eines Dritten, nicht im Giro, da dieses gelöscht sei.

„Daß Präsentation und Protestation eines Solawechsels aber nur dann nothwendig würden, wenn derselbe im Giro nicht etwa gewesen sei, sondern sich noch befinde, gehe nicht nur aus dem oben entwickelten Begriffe des Protestes, sondern auch deutlich aus dem Geseze hervor.

„Der §. 2 der baier. Wechselordnung erkläre wirklich, daß der Solawechsel nur dann einer Protestation bedürfe, wenn der Brief auf Ordre gestellt, oder einem Dritten abgetreten worden.

„Der §. 14 der augsburger Wechselordnung sage gleichförmig, daß eigene Wechselbriefe, seien sie durch Giri gelaufen, zur Acceptation präsentirt und bei deren Ermanglung protestirt werden müßten.

„Das gemeine Wechselrecht erkläre, eigene Wechselbriefe bedürften, wenn sie in der Hand des ersten Gläubigers seien, keiner Präsentation, Acceptation oder Protestation, wohingegen die indossirten präsentirt, und zur Erhaltung des Regresses wider den Indossanten protestirt werden müßten *).

„Diese Gesezstellen sprächen deutlich nur in dem Falle für die Nothwendigkeit der Protestation, wenn der Solawechsel sich in den Händen eines Dritten befinde.

„Der Grund hiervon liege in dem oben schon angedeuteten Zwecke des Protestes, der nur zur Salvirung des Regresses gegen den Trassirer, (bei der Tratte) oder den

---

*) Püttmann, Grundsäze des Wechselrechtes S. 34 §. 26.

Indossanten (bei der Tratte und dem Solawechsel) erhoben werde *).

„Die Voraussezung zum Proteste fehle im vorliegenden Falle; denn der Wechsel sei nicht in den Händen eines Dritten, sondern in jenen des ursprünglichen Gläubigers.

„Die Verbindlichkeit des Wechselschuldners beim Solawechsel sei, zur Verfallzeit pünktlich zu zahlen, und zwar ohne vorhergehende Erinnerung, nach der Rechtsregel: „dies interpellat pro homine **).“

„Solle der Protest etwa die Mahnung des Wechselschuldners nachweisen, da solche doch überhaupt nicht nothwendig sei? Nur durch Verjährung erlösche die Kraft des Wechsels, wofür aber die Zeit im gegebenen Falle noch nicht eingetreten sei.

„Der Mangel eines hier gar nicht nothwendigen Protestes könne also seine Wechselklage nicht hemmen, und es hätte demnach schon jezt dem Klagantrage gemäß erkannt werden sollen.“

Diese Berufung drang durch, und es erging das zweitrichterliche Urtheil dahin:

„Beklagter sei schuldig, den libellirten Wechselbetrag „zu 100 fl., nebst den von der Verfallzeit an laufen„den Verzugszinsen, an den Kläger zu bezahlen, und „die Kosten des Prozesses zu tragen.“

Gründe.

„Die baierische Wechselordnung bestimmt zwar, eigene Wechselbriefe bedürften keiner Präsentation und Acceptation, und einer Protestation nur alsdann, wenn der Brief auf Ordre gestellt oder einem Dritten abgetreten worden. Es ist auch unbestritten, daß kein Wechselprotest Statt gefunden hat. Allein dieser ist auch in dem fraglichen Falle durchaus nicht nothwendig gewesen. Der Protest — dem

---

*) Püttmann a. a. O. und S. 114. §. 111.

**) Püttmann a. a. O. S. 48. §. 41.

trassirten Wechsel insbesondere angehörig — bezweckt die Bewahrung der strengen Regreßklage, wenn der Trassat den Wechsel nicht nach dem Inhalte desselben honoriren kann, oder will *).

„In dem unterstellten Falle sind unbestritten die Giri aufgehoben worden, und der Wechsel ist an den ursprünglich Berechtigten B. zurückgegangen. So unnöthig hier der Protest erscheint, so unbezweifelt ist es, daß an dem Wechsel-Vertragsverhältnisse zwischen B. und A. durch die wiederaufgehobenen Giri nichts geändert worden. Es hat also auch B. mit der Wechselklage gegen A. auftreten können, und da die Haupt- und Nebenfoderung aus dem Wechsel selbst zu entnehmen, und dieser auch von den Beklagten seinem ganzen Inhalte nach anerkannt worden ist; so hat, in Uebereinstimmung mit dem Antrage des Klägers, im Haupt- und Zinsenpunkte, wie geschehen, abändernd anerkannt werden müssen.“

*) Martens Wechselrecht §. 97. Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht. §. 139.

XII.

Ein Gewerbstreit.

Von

Dr. Nibler,

k. Appellationsgerichts-Advokaten in Straubing.

Im Jahre 1823 beschwerten sich die Seifensieder in Deggendorf bei dem dortigen königlichen Landgerichte gegen die Fragner darüber, daß sich diese seit Kurzem erlaubten, mit Seife und mit Unschlitt-Kerzen zu handeln, und diese Artikel nicht nur im Kleinen, sondern auch im Großen zu verkaufen. Darüber entstand ein weitläufiger, kostspieliger Prozeß, in welchem — Anfangs von den Verwaltungs- nachher von den Justiz-Behörden — durch drei Instanzen dreimal erkannt wurde, also neun Erkenntnisse erlassen worden sind. Diese neun Erkenntnisse folgen hier sammt den Entscheidungsgründen nach, und überheben mich der Mühe, die Geschichte dieses Prozesses besonders zu erzählen.

I.

In der Streitsache des Anton Wolferseder, Seifensieders von Deggendorf, und Konsorten gegen Johann Rainer allda und Kons. wegen des Verkaufes von Kerzen und Seife nach dem Gewichte wird auf kollegialen Vortrag zu Recht erkannt:

a) die klagenden Seifensieder haben in einer Frist von dreißig Tagen den Beweis anzutreten, daß ihnen ein

Recht zustehe, den Fragnern dahier den Verkauf von Kerzen in größeren Quantitäten, als stück- und kreuzerweise zu verbieten;

b) die Fragner haben in der nämlichen Frist den Beweis anzutreten, daß sie berechtigt seien, sich Seife beizulegen und zu verkaufen;

mit Aussezung der Entscheidung über den Kostenpunkt.

Entscheidungsgründe.

Zu a) Was die Modifikation und Beschränkung des Verkaufes von Kerzen betrifft, so ist die Behauptung der Seifensieder, daß eine solche Beschränkung besteht, vor der Hand durch Nichts nachgewiesen. Jeder berechtigte Handelsmann ist nach den gesezlichen (?) Anmerkungen über den Cod. civ. Th. V. Kap. 26. §. IV. a. befugt, die Artikel, welche er führen darf, im Kleinen und im Großen zu verkaufen; dieses liegt auch in der Natur der Sache und stimmt insbesondere in Bezug auf die Fragner auch mit dem Gebrauche überein, welcher bei andern Fragner-Artikeln Statt findet; so z. B. wird Niemand behaupten, daß ein Fragner in Deggendorf Käs nur kreuzerweise, und nicht in Pfunden, und andere Viktualien nur in kleineren Maaßen verkaufen dürfe. Jeder Handelsmann muß in den Artikeln, welche er zu führen berechtigt ist, seinen Spielraum und seine Spekulation haben, wenn nicht ein ausdrückliches Gesez oder ein Verhinderungsrecht eines Dritten besteht oder erworben ist.

Was die Kläger von dem Unterschiede zwischen Groß- und Kleinhändlern sagen, kann hier nicht erheblich sein, da einerseits in Deggendorf zwischen den Handelsleuten ein solcher Unterschied nicht besteht, und eine auf Geschäfte im Großen ausschließig berechtigte Handlung dahier nicht existirt, andererseits würde dieses den Widerspruch der Seifensieder nicht begründen, da sie weder Groß- noch Kleinhändler sind, sondern Professionisten, welche nur den rohen Stoff von Unschlitt veredeln, und hieraus Kerzen und Seife fabriziren.

Es vermag nur dann rechtlich gedacht zu werden, daß die Seifensieder den Fragnern in dem Verkaufe von Kerzen in großen Quantitäten und nach dem Gewichte eine Beschränkung aufbürden (?) können, wenn ihnen entweder durch ein Gesez oder auf andere rechtliche Art ein Verhinderungsrecht zur Seite steht, oder sie ein solches Verhinderungsrecht erworben haben. Obschon sie keine Thatsache anführen, wodurch ein solches Verhinderungsrecht für sie erwachsen wäre, so gründet sich doch ihre Klage auf die Behauptung des Bestandes eines solchen Rechtsverhältnisses, und es mußte ihnen daher hierüber der Beweis auferlegt werden.

Zu b) Was den Artikel Seife betrifft, so wird den Fragnern die Berechtigung zur Führung desselben ganz abgesprochen, die Fragner behaupten aber, hierzu berechtigt zu sein.

Es ist zur Zeit durchaus noch nicht dargethan, daß die Fragner berechtigt sind, den Artikel Seife zu führen. Das Recht eines Handelsmannes, diese oder jene Artikel zu führen, kann nur entweder durch die ihm ertheilte Bewilligung oder durch ein Gesez, durch bestätigte Handelsartikel oder durch Verjährung nachgewiesen werden. Ein Gesez, wodurch die Befugnisse der Fragner im Allgemeinen geregelt erscheinen, ist hierorts nicht bekannt; eben so wenig liegt deßhalb eine Entscheidung vor; die Beispiele von Plattling und Ruhmannsfelden können hier nicht den Ausschlag geben, da es bei solchen Berechtigungen an einem bestimmten Orte auf ganz verändert erscheinen könnende Rechtsverhältnisse der Handelsleute gegenseitig, so wie der Professionisten gegen die Handelsleute ankömmt, ein solches Verhältniß aber in jedem Orte anders bestehen kann.

Deggendorf am 17. Jäner 1824.

Königliches Landgericht.

(Siegel)

Bayerlein.

II.

Passau am 26. Juni 1824.

Im Namen Seiner Majestät des Königs von Baiern

erkennt die königliche Regierung des Unter-Donaukreises, Kammer des Innern, in der Streitsache des Anton Wolferseder, Seifensieders von Deggendorf, und Kons. gegen Johann Rainer, Fragner, und Kons. wegen Gewerbsbeeinträchtigung, auf erstatteten schriftlichen Vortrag, theils bestätigend, theils abändernd zu Recht:

die Fragner haben binnen dreißig Tagen zu beweisen:

a) daß ihnen der Verschleiß der Kerzen nach dem Gewichte und in größeren Quantitäten, als stück- und kreuzerweise zustehe, und

b) daß sie berechtigt seien, Seife zu führen, und sie sowohl im Kleinen, als auch nach dem Gewichte zu verkaufen;

die Kosten bleiben bis zu Hauptentscheidung ausgesezt.

Gründe.

Jeder Gewerbsmann ist befugt, seine Fabrikate ohne Beschränkung zu verkaufen, und damit die Märkte zu beziehen. Dieses Recht steht daher auch den Seifensiedern rücksichtlich der von ihnen verfertigten Kerzen und Seife zu, und es unterliegt keinem Zweifel, daß sie zu jenen Professionisten gehören, welchen nach den Anmerkungen über den Cod. civ. Th. V. Kap. 27. §. XIV. d. die Befugniß eingeräumt ist, ihre auf öffentlichen Verkauf gemachte Waaren in öffentlichen Läden feilzubieten.

Die Seifensieder sind daher rücksichtlich ihrer Fabrikate den Handelsleuten gleich zu achten, und da ihnen ohnehin nach den Anmerkungen über den Cod. civ. Th. V. Kap. 26. §. IV. b. das Recht zusteht, Allen jenen, welche nicht gleiches Recht mit ihnen erlangt haben, den Verkauf der nämlichen Waare durch die Polizeibehörde niederlegen zu lassen, so kann ihnen der Beweis des Verhinderungs-

rechtes, welches ihnen bereits das Gesez zuspricht, nicht aufgebürdet werden.

Die Fragner haben bisher durch Nichts dargethan, daß ihnen das Recht zum Verkaufe der Kerzen und Seife zusteht; sie müssen daher den Beweis desselben führen, wenn sie dessen Ausübung ansprechen wollen.

Die Seifensieder stellten zwar rücksichtlich der Kerzen in der Klage blos die Bitte, daß den Fragern der angemaßte Verschleiß nach dem Gewichte untersagt werden möge, und haben ihnen hierdurch den Verkauf stück- und kreuzerweise zugestanden; allein diesem Zugeständnisse darf durchaus keine weitere Ausdehnung gegeben werden, weil den Fragnern ein Recht zum Verkaufe der Kerzen nach der dermaligen Aktenlage weder zusteht noch eingeräumt wurde.

Da ferner die Seifensieder den Fragnern die Befugniß, Seife im Kleinen und nach dem Gewichte zu verkaufen, nicht zugestehen, während die Beklagten dieselbe in Anspruch nehmen, so mußte der Beweissaz nach dieser Behauptung gestaltet werden.

Königliche Regierung des Unter-Donaukreises, Kammer des Innern

(Siegel)

Bei Abwes. d. Präs.
Freiherr von Andrian.

Frhrr v. Taufkirchen.

Höger.

III.

Maximilian Joseph,

von Gottes Gnaden König von Baiern.

Wir haben Uns in Unserer Staatsraths-Kommission über den Rekurs des Seifensieders Wolferseder und Konf. gegen Johann Rainer, Fragner, und Konf. zu Deggendorf wegen Verkaufes von Kerzen und Seife umständlichen schriftlichen Vortrag erstatten lassen, und erkennen reformando sententiam secundae zu Recht:

daß

daß das Erkenntniß der ersten Instanz vom 17. Jäner vorigen Jahres in der Art herzustellen sei, daß

zu a) die Seifensieder in einer Frist von dreißig Tagen zu beweisen haben, daß die Fragner die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen,

zu b) daß die Fragner in derselben Frist zu beweisen haben, daß sie berechtigt seien, sich Seife zum Verkaufe beizulegen.

München am 7. Mai 1825.

Max. Joseph.

Graf von Törring.

Nach dem Befehle
Seiner Majestät des Königs:
Egid von Kobell.

IV.

In der Streitsache des Anton Wolferseder, Seifensieders von Deggendorf, und Kons. gegen Johann Rainer und Kons. Fragner daselbst wegen Gewerbsbeeinträchtigung wird auf erstatteten schriftlichen Vortrag nach kollegialischer Berathung zu Recht erkannt:

daß die Fragner die Kerzen nur kreuzer- und stückweise verkaufen dürfen und befugt seien, sich Seife beizulegen, aber diese ebenfalls nur stückweise abzusezen.

Die Kosten werden verglichen.

Entscheidungsgründe.

Das allerhöchste Staatsraths-Erkenntniß vom 7. Mai v. J. spricht aus:

a) die Seifensieder haben in einer Frist von dreißig Tagen zu beweisen, daß die Fragner die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen,

b) die Fragner haben in derselben Frist zu beweisen, daß sie berechtigt seien, sich Seife zum Verkaufe beizulegen.

Zu a) Die Seifensieder traten diesen Beweis in 7 Weisungsäzen an, und benannten hierüber vier Zeugen, die sämmt-

lich exzeptionsfrei sind. Diese Zeugen, mit Ausnahme des Heigl, sind mit den Verhältnissen der Fragner gut bekannt; denn Magdalena Probst diente 40 Jahre lang bei einem Fragner, und diese sagt in ihrer eidlichen Vernehmung aus, daß die Fragner die Kerzen nur kreuzer- und stückweise verkauften; dieses weiß sie aus eigener Wahrnehmung und eigenem guten Wissen, und sie fügt bei, daß sie öfters von ihrer Dienstherrschaft hörte, dieses dürfe nicht anders geschehen, und daß ihr auch dieses zu befolgen aufgetragen wurde, wenn sie im Laden war, und Jemand Kerzen holte, indem die Fragner eine weitere Berechtigung nicht hätten. Eben solches behaupten auch die beiden übrigen Zeugen Majoli und Triendl, die auch längere Zeit bei Fragnern dienten oder sonst öfters zu ihnen kamen, um derlei Artikel zu holen; sie wissen es aus eigner Wahrnehmung, daß die Fragner die Kerzen nur kreuzer- und stückweise verkauften, eben so, daß die Fragner äußerten, ein Anderes dürften sie nicht thun, indem es ihnen nicht erlaubt sei. Durch diese Zeugen ist sofort ein hinlänglicher Beweis geliefert, daß die Fragner zum Verkaufe der Kerzen nur kreuzer- und stückweise berechtigt sind, und auch dargethan, daß die Fragner dieses befolgt haben.

Dieser Beweis wurde durch die eingereichte Gegenweisungs-Erinnerung nicht im Mindesten geschwächt, obgleich sich die Fragner bemühen, darzuthun, daß dieses Recht der Seifensieder ein negatives sei, weil die Fragner in Gemäßheit dessen etwas unterlassen sollten, was ihnen doch zu thun erlaubt sei, wenn die Seifensieder kein Verhinderungsrecht hätten; allein dieses eben muß angenommen werden, indem obige drei Zeugen aussagten, daß die Fragner die Kerzen nur kreuzer- und stückweise verkauften, und äußerten, ein Anderes dürften sie nicht thun, weil sie keine Berechtigung dazu hätten, sohin muß doch früherhin schon ein Verbot, wie immer, vorausgegangen sein.

Zu b) Die Fragner traten den ihnen auferlegten Beweis in mehreren Artikeln an, und vier Zeugen sagen einstimmig aus, daß die Fragner ohne Widerrede Seife ge-

führt und öffentlich verkauft haben, aber nur immer stückweise und nicht nach dem Gewichte; die Fragner haben sohin erwiesen, daß sie berechtigt seien, sich Seife beizulegen und zu verkaufen, aber nur stückweise und nicht nach dem Gewichte.

Dieser Beweis wurde durch den Gegenbeweis der Seifensieder, welche darzuthun suchten, daß die Fragner sich nie Seife zum Verkaufe beigelegt haben, weder aufgehoben noch geschwächt; denn drei Zeugen, welche eigentlich bestätigen sollten, daß die Fragner keine Seife zum Verkaufe führten, sagten aus, daß sie sich Seife beigelegt und verkauft haben, aber nicht nach dem Gewichte, sondern nur nach Stücken.

Was die Kosten betrifft, so wurden diese deßwegen verglichen, weil kein Streitmuthwille vorliegt.

Aus diesen angeführten Verhältnissen wurde erkannt, wie geschehen.

Deggendorf am 29. Juli 1826.

Königliches Landgericht.

(Siegel)

Bayerlein.

V.

Im Namen Seiner königlichen Majestät von Baiern

erkennt das königliche Appellationsgericht für den Unterdonaukreis in Sache des Anton Wolfseder, Seifensieders von Deggendorf, und Kons. gegen Johann Rainer und Kons. Fragner von dort, wegen Verkaufs von Kerzen und Seife, hiermit zu Recht:

daß das am 29. Juli 1826 gefällte Erkenntniß des königlich baierischen Landgerichtes Deggendorf in seinem ersten Absaze, den Verkauf der Kerzen betr. dahin abzuändern sei, daß der Kläger noch den Erfüllungseid darüber abzuleisten habe, daß die Fragner die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen; daß aber das fragliche Erkenntniß in seinem

zweiten Absaze, den Verkauf der Seife betr. zu bestättigen sei, — unter Vergleichung der Kosten der Berufungs-Instanz.

Gründe.

A) Die Kompetenz betr.

Der bereits im Jahre 1823 begonnene Rechtstreit der Seifensieder gegen die Fragner zu Deggendorf wurde von den zur Verhandlung und Entscheidung administrativ-kontentiöser Gegenstände bestellten Behörden kompetenzmäßig behandelt; das Gesez vom 17. Sept. 1825 für das Gewerbwesen hat die Zuständigkeit über Behandlung und Entscheidung der Gewerbstreitigkeiten in der Art bestimmt, daß Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Betheiligten über Erwerbung, Veräußerung, Verpachtung, Erlöschung oder Verödung von realen oder radizirten Gewerben, so wie Streitigkeiten überhaupt, bei welchen der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel beruht, sich von nun an zur Entscheidung des ordentlichen Civilrichters eignen. Erwägt man nun die vorwürfige Streitsache in ihrem ganzen Umfange und nimmt hierbei geeignete Rücksicht auf die widersprochenen Angaben der Beklagten, daß ihre Fragner-Gerechtigkeiten käuflich erworben wurden (was auch eine Zeugin eidlich bekundete), ferner auf die von beiden Theilen vorgebrachte Behauptung, daß der Zustand von jeher so gewesen sei, wie er in Anspruch genommen wird, endlich auf das Beweiserkenntniß vom 7. Mai 1825, welches den Klägern in dem einen, den Beklagten in dem andern Punkte den Beweis des Dürfens und des Rechtes auferlegte, was nicht wohl geschehen konnte, wenn sich dieser Streit blos nach administrativen und gewerbspolizeilichen Bestimmungen hätte entscheiden lassen; erwägt man weiter, daß die Absicht des Beweiserkenntnisses nach der Ger. Ord. Kap. 9. §. 3. Nr. 2, keine andere sein kann, als die streitenden Theile zu vermögen, geschichtliche Umstände im Beweisverfahren an- und auszuführen, woraus sich die Berechtigung abnehmen läßt, und zugleich daß das-

jenige, was die streitenden Theile im Beweisverfahren an- und ausführten, vorzüglich auf Herkommen und Verjährung hinausläuft, wobei der Ablauf von dreißig Jahren die Stelle des Erwerbstitels selbst vertritt, also auch insoferne einen Privatrechtstitel im eigentlichen Sinne abgibt, der durch die Bestimmung des Gewerbgesezes vom 11. Sept. 1825 §. 1 Abs. 2, wonach durch Verjährung von nun an keine Gewerbsbefugniß mehr erworben, also auch keine Aenderung in den Ausübungs-Befugnissen erwirkt werden kann, bei der vorwürfigen Streitsache, die vor dem neuen Gewerbgeseze anfing, und wobei zur Zeit des Streitbeginnens das Herkommen schon begründet und die Verjährung jeder Art vollendet sein konnte, nicht ausgeschlossen wird; so war die Zuständigkeit des königlichen Appellationsgerichtes für die Entscheidung dieses izt in die Berufungs-Instanz devolvirten Gewerbstreites für begründet zu achten *).

B) Die Sache selbst betr. und zwar

a) den ersten Erkenntniß-Absaz, so lag den Klägern der Beweis ob, daß die Beklagten die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen. Bei der Prüfung des zur Herstellung dieses Sazes gebrauchten Beweismaterials ist vorauszuschicken, daß, da auf Seite der Kläger sowohl, als der Beklagten eine untheilbare Sache obwaltete (?), auch die Handlungen und Unterlassungen

*) Es ist kaum begreiflich, daß ein Obergericht einen solchen verworrenen Periodenknäul und eine solche Sprachkezerei sich zu Schulden lassen kommen konnte wie hier. Wenn freilich die Entscheidungsgründe so abgefaßt werden, dann können die Parteien nicht zur Erkenntniß derselben gelangen. Vgl. über die Fassung der Entscheidungsgründe die Verordnung vom 23. April 1813 (Reg. Bl. v. 1813. S. 562), das baierische Volksblatt (Würzburg b. Bonitas) Jahrgg. 1830. S. 325. u. v. Zu-Rhein, Jahrbücher des gemeinen teutschen bürgerlichen Prozesses. (Nürnberg b. Campe seit 1829) Bd. 1. H. 1. S. 88.

einzelner oder aller Gewerbsvorfahren den jezt streitenden Theilen nuzen und schaden können, diese mögen jenen vermöge eines allgemeinen oder besondern Titels nachgefolgt sein oder auch ihre Berechtigungen aus neuer Verleihung herhaben (?).

Werden in dieser Voraussezung die Aussagen der klägerischen Zeugen geprüft, so wird durch die einredefreie, 92 Jahre alte Zeugin Magdalena Probst, die ungefähr 20 Jahre vor ihrer Abhör 40 Jahre lang in einem Fragnerhause zu Deggendorf war, die unvordenkliche Verjährung nach allen gesezlichen Erfordernissen in Gemäßheit des Cod. civ. Th. II. Kap. 4. §. 9 für die Kläger bekundet.

Der Einwand der Beklagten, daß der Verkauf der Kerzen auch anders als kreuzer- und stückweise in ihren Berechtigungen im Allgemeinen mitbegriffen, res merae facultatis, also ohne Untersagung auf der einen und Beruhigung hierbei auf der andern Seite nicht verjährbar gewesen sei, ist unrichtig, da Handelsbefugnisse überhaupt nicht vermöge allgemeinen, sondern nur vermöge besondern Rechts geübt werden dürfen, was nach Th. 2. Kap. 4. §. 3. Nr. 3 des baierischen Landrechts den Begriff einer res merae facultatis ausschließt, rücksichtlich der Fragner-Gerechtsame aber nicht erwiesen wurde, daß solche den Innhaber berechtigen, die Kerzen nach beliebigen Quantitäten zu verkaufen, was die Beklagten im Gegenbeweise hätten darthun müssen, wenn ihre Angabe berücksichtigt werden sollte. Uebrigens geht auch aus der probstischen Aussage hervor, daß die Fragner diesen Gegenstand nicht als eine res merae facultatis behandelten, sondern in der Voraussezung, daß sie nicht berechtigt seien, den Verkauf auf andere Art, als stück- und kreuzerweise, unterließen. Daß aber auch diese Voraussezung der Beklagten ein bloßer Rechtsirrthum gewesen sei, also unschädlich, wurde nicht erwiesen, und läßt sich nicht vermuthen, würde auch das rechtliche Entgegenwirken eines Herkommens, als Hauptgrundlage für die Bestimmung der Gränzen der Gewerbs-Gerechtsame, nicht ausschließen.

Mit der Aussage der Magdalena Probst darüber, daß die Vorfahrer der Fragner selbst sich äußerten, Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen zu dürfen, stimmt auch die eidliche Aussage der Klara Majoli und der exzeptionsmäßigen Therese Triendl überein, durch deren Zusammensezung voller Beweis über ein außergerichtliches Bekenntniß der Nichtberechtigung von Seite der Vorfahrer der Beklagten geliefert wird, wobei es keinen Unterschied macht, ob der eine Zeuge aus dem Munde dieses, der andere Zeuge aber aus dem Munde jenes Gewerbvorfahrers die Aeußerung hörte, denn jeden Falls wird dadurch bewiesen, daß der jezige Streitgegenstand von den Fragnern früherer Zeit nicht als res merae facultatis behandelt wurde.

Die Aussagen der Therese Triendl und Klara Majoli, von denen Erstere 46 Jahre alt sein soll, Leztere aber 47 Jahre alt zu sein vorgibt, sind zwar nicht geeignet, eine Unvordenklichkeit zu bekunden, und eben so wenig ist die bestimmte Bekundung einer Verjährung von 30 Jahren oder eines Herkommens hierin zu finden; allein sie sagen dem Beweissaze doch zu, und der durch Magdalena Probst gelieferte halbe Beweis einer unvordenklichen Verjährung, verbunden mit dem voll bewiesenen außergerichtlichen Bekenntnisse der Gewerbvorfahrer über die Nichtberechtigung, wird durch sie noch unterstüzt, so daß bei mangelndem Gegenbeweise die Kläger, zur Vervollständigung ihrer einem vollen Beweise nahe gebrachten Probe, zum Eide, wozu sie sich erboten haben, gelassen werden mußten.

Der Erfüllungseid selbst hat sich aber nur auf den Beweissaz im Allgemeinen zu erstrecken, und findet, ohne eine Gewißheit über das Alter der Kläger zu haben, nach Art derselben dennoch Statt, weil es wohl möglich ist, daß denselben solche thatsächliche, bis jezt noch nicht erörterte Merkmale bekannt sind, aus welchen sie die volle Ueberzeugung entnommen haben konnten, daß die Beklagten die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen.

Es konnte daher zwar nicht so, wie die Appellanten beantragten, erkannt, allein der volle Beweis zu Gunsten

der Kläger konnte jezt schon gleichfalls noch nicht angenommen werden, und daher war, wie geschehen, in diesem Punkte zu erkennen.

b) Was den zweiten Erkenntniß-Absaz betrifft, so lag den Beklagten zu beweisen ob, daß sie berechtigt seien, sich Seife zum Verkaufe beizulegen. Diesen Beweis geliefert zu haben — und so weit auch die Befugniß — gestanden die Kläger den Beklagten in der Beweisausführung zu, jedoch mit der Beschränkung, Seife nur kreuzerweise und höchstens bis zum Preise von sechs Kreuzern verkaufen zu dürfen; diese Beschränkung, worauf in erster Instanz erkannt wurde, und welche als Einrede bei den ersten Verhandlungen im Wesentlichen vorgebracht worden war, worüber also, ohne daß es eines neuen Beweis-Erkenntnisses bedurfte, den Klägern eine indirekte Gegenbeweisführung zustand, welche das hiervon nichts erwähnende Erkenntniß vom 7. Mai 1825 nicht abschnitt, haben die Kläger vollständig dargethan; denn das Herkommen und die Verjährung machen auch hier einen Rechtsgrund aus, und unterliegen denselben Rücksichten bei der Beweisführung, welche oben wegen der Kerzen angegeben wurden.

Durch die Aussagen der Zeugen, Probst, Schweighofer, Dietz, Mitz, Kuflin, welche alle das erforderliche Alter haben, werden das Herkommen, die Verjährung von wenigstens 30 Jahren und der Umstand, daß die Beklagten diesen Gegenstand nicht als eine res merae facultatis behandelten, genügend zu Gunsten der Kläger bekundet, und noch durch die Aussagen der das erforderliche Alter nicht habenden Zeugen, Ueberreiter und Singer, (jezt verehelichte Heizer), unterstüzt, so daß bei dem Mangel eines Gegenbeweises kein Hinderniß (?) obwaltet, die Einrede der Kläger für voll bewiesen anzunehmen, und auf die erwiesene Beschränkung zu erkennen.

Dem Antrage auf Abweisung der Kläger in diesem Punkte konnte daher nicht Statt gegeben werden, sondern das vorige Erkenntniß war um so mehr lediglich zu bestä-

tigen, als darüber, wie der Richter die Beschränkung aussprach, keine eventuelle Beschwerde geführt wurde, und der Ausdruck: „stückweise absezen," den beklagten Fragnern weit weniger nachtheilig ist, als wenn auch zugleich der höchste Preis der Stücke bezeichnet worden wäre.

Die Kosten zweiter Instanz waren wegen des theils ändernden theils bestätigenden Erkenntnisses zu vergleichen.

Straubing am 27. Dezember 1826.

(Siegel.)

Königlich baierisches Appellationsgericht für den Unter-Donaukreis.

Freiherr von Branca.

Feßl.

VI.

Seine königliche Majestät

erkennen in Sache des Anton Wolferseder, Seifensieders von Deggendorf, und Kons. gegen Johann Rainer und Kons. Fragner daselbst, wegen Verkaufs von Kerzen und Seife, zu Recht:

I) die beklagten Fragner haben den Reinigungseid dahin zu schwören, daß sie weder wissen noch glauben, daß sie die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen;

II) im Uebrigen wird das von dem königlichen Appellationsgerichte für den Unter-Donaukreis am 27. Dezember vorigen Jahres erlassene und am 22. Jäner dieses Jahres verkündete Erkenntniß bestätigt;

III) auch die Prozeßkosten dieser Instanz werden verglichen, und die Revidenten haben sechs Thaler Succumbenz-Taxe zu entrichten.

Entscheidungsgründe.

Zu I.

1) Darüber, daß die Kläger den ihnen auferlegten Beweis nicht vollständig, aber doch mehr als zur Hälfte gestellt haben, wird sich auf die dem Erkenntnisse zweiter Instanz beigefügten Entscheidungsgründe bezogen.

2) Dessen ungeachtet konnte das die Kläger zu dem Erfüllungseide lassende Erkenntniß zweiter Instanz nicht bestätigt werden, weil dieser Eid nach Kap. 13. §. 3. Nr. 3. der Gerichtsordnung nur dann Statt finden kann, wenn die zu beschwörende Sache so beschaffen ist, daß sie der schwörende Theil allem Vermuthen nach wohl wissen kann. Nachdem nun die Antretung und Führung des Beweises sich auf ein durch Herkommen begründetes Recht beziehen, nach dem Inhalte der Akten aber nicht zu vermuthen ist (?), daß die Kläger die sämmtlichen im Codex civilis Th. I. Kap. 2. §. 15. bestimmten faktischen Voraussezungen eines verbindenden Herkommens werden beschwören können, so konnten sie auch nicht zur Ablegung dieses Eides gelassen werden (?).

3) Da nach Kap. 13. §. 3. Nr. 5. der Gerichtsordnung in dem Falle, wenn die Sache zur Ablegung des Erfüllungseides nicht geeigenschaftet ist, gleichwohl aber ein billiger Zweifel oder Verdacht gegen den Streitgegner obwaltet, auf den Reinigungseid, welcher seiner Natur nach ein Glaubenseid ist, erkannt werden soll; so mußte dieser Eid den Beklagten auferlegt werden.

Zu II.

4) Den Beklagten war der Beweis zwar nur darüber auferlegt, daß sie berechtigt seien, sich Seife zum Verkaufe beizulegen, und dieses Recht wurde ihnen auch von den Klägern selbst zugestanden, jedoch nur in dem Maaße, in welchem ihnen dieses Recht nach den Aussagen ihrer eignen Zeugen zustehe.

5) Nun bekunden aber die Beweiszeugen Sophia Dietz, Katharina Ueberreiter und Anna Kufner ausdrücklich nur vom stückweisen Verkaufe der Seife; noch bestimmter sprechen sich hierüber die Gegenbeweiszeugen Katharina Schweighofer, Margaretha Mitz, Katharina Ueberreiter, Eleonora Singer, Sophia Dietz und Anna Kufner aus.

6) Endlich haben auch die Beklagten selbst dahin artikulirt;

a) in dem Beweisantritt zum ewigen Gedächtnisse: daß der Fragner Bogner von der Seifensiederin Sander habe Seife holen und zum Ladenverkaufe in Kreuzerstücke habe schneiden lassen;

b) in dem Beweisantritte auf das Interlokut: daß Zeugin bei den Seifensiedern oft und viele Seife für ihren Dienstherrn geholt habe, welche auf Verlangen derselben jedesmal vom Seifensieder in Stücke geschnitten und auch so gewöhnlich verkauft worden sei.

7) Sowohl das gegentheilige Zugeständniß, als die Aussagen der Beweis- und Gegenbeweiszeugen enthalten daher die Beschränkung des den Beklagten zustehenden Rechtes, Seife zum Verkaufe sich beizulegen, auf den stückweisen Verkauf. Es ist ihnen daher mit Recht in den beiden Vorinstanzen auch nur unter dieser Beschränkung die Befugniß, sich Seife zum Verkaufe beizulegen, zugesprochen worden.

Zu III.

8) Die Entscheidung über den Kostenpunkt gründet sich auf Kap. 17. §. 4. Nr. 3. der Gerichtsordnung und auf den Umstand, daß in beiden Berufungs-Instanzen zum Theile abändernd erkannt wurde. Es war daher in Allem, wie geschehen, oberstrichterlich zu erkennen.

München am 24. November 1827.

(Siegel.)

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Baiern.

v. Mann Präsident.

Sekr. Frankl.

VII.

In der Streitsache der Seifensiederswittwe Sander und Kons. in Deggendorf gegen Johann Rainer und

Konſ. Fragner daſelbſt, wegen Seifen- und Kerzen-Verkaufes, jezt Wiedereinſezung in den vorigen Stand, wird auf erſtatteten ſchriftlichen Vortrag nach kollegialiſcher Berathung zu Recht erkannt:

daß Johann Rainer und Konſ. mit ihrem Wiedereinſezungs-Geſuche abzuweiſen ſeien, und ſämmtliche, ſowohl die gerichtlichen als außergerichtlichen, Koſten zu tragen haben.

Entſcheidungsgründe.

Die Vorakten, welche die Fragner in der Regiſtratur des Magiſtrates zu Deggendorf erſt vor Kurzem aufgefunden haben, und worauf ſie ihr Wiedereinſezungs-Geſuch gegen die hieſigen Seifenſieder bauen, geben zu entnehmen, daß vom Jahre 1693 bis 1733 zwiſchen den Fragnern und Seifenſiedern in Deggendorf wegen Kerzenmachens und Verkaufes derſelben ein Streit obgewaltet hat, der auf die Klage der Fragner gegen die Seifenſieder nach den vorliegenden drei Rathsprotokollen des Magiſtrates zu Deggendorf dahin entſchieden wurde, daß die Seifenſieder bei zwei Pfund Pfenning Strafe keine Kerzen mehr machen und verkaufen dürften, welche Beſchlüſſe die kurfürſtliche Regierung in Straubing am 14. März 1732 beſtätigte, die höchſte Entſchließung vom 4. Februar 1733 änderte aber die vorigen Erkenntniſſe dahin ab, daß den Seifenſiedern die Strafe von zwei Pfund Pfenning erlaſſen ſei, und daß ſie die Kerzen außerhalb Deggendorf verkaufen dürften.

Weiter geht aus der Gegenvorſtellung der Fragner hervor, daß der Seifenſieder Kirmaier kein gelernter Seifenſieder war, und daß die Seifenſieder in Deggendorf noch nicht zünftig waren, wie in andern Orten, daher ihnen auch das Recht nicht zuſtehen könne, wie es gelernten und zünftigen Seifenſiedern zuſteht.

Die Wiedereinſezung kann nach dem Geſeze (Cod. jud. Kap. 16. §. 1. Nr. 2.) nur wegen ſolcher neuer Thatſachen ergriffen werden, welche die Hauptſache ſelbſt merklich

alteriren, mithin nicht nur an sich erheblich, sondern auch vollständig und genugsam erwiesen sind.

Die neu aufgefundenen magistratischen Akten enthalten keine solche neue Thatsachen, welche die Hauptsache merklich alteriren; denn im Laufe eines Jahrhunderts haben sich die Rechtsverhältnisse der Fragner und Seifensieder auf verschiedene Art verändert; die Seifensieder haben nämlich jezt das rechtmäßige Herkommen und die Verjährung für sich, und ein rechtmäßiges Herkommen hebt das ältere geschriebene und ungeschriebene Recht, sohin auch die rechtskräftige Entscheidung auf, diese Entscheidung hat nicht einmal die Kraft eines geschriebenen allgemeinen Gesezes und dient nur in zweifelhaften gleichen Fällen zur Usual-Auslegung, wobei aber aller Widerspruch vermieden werden muß. Cod. civ. Th. I. Kap. 2. §. 14. Nr. 3.

In dem gegebenen Falle würde, wenn die rechtskräftige Entscheidung aufrecht erhalten werden sollte, ein großer Widerspruch zum Vorscheine kommen, weil gegenwärtig alle Seifensieder Kerzen machen und verkaufen, was auch dortmals den zünftigen Seifensiedern nicht verboten war, sondern nur denen in Deggendorf, weil sie nicht zünftig waren, wie dieses aus der Gegenvorstellung der ehemaligen Fragner in Deggendorf hervorgeht; jezt aber sind sie zünftig, wie in allen Orten.

Auch ist aus diesen alten magistratischen Akten nicht zu ersehen, ob die Fragner damals die Kerzen nur kreuzerweise, sohin im Kleinen, oder auch nach dem Gewichte verkaufen durften. Daher könnten diese Akten den Fragnern nur sachdienlich sein, wenn sie enthalten würden, wie sie die Kerzen damals verkauft haben.

Aus diesen Gründen wurde erkannt, wie geschehen, und da die Fragner mit ihrem Wiedereinsezungs-Gesuche abgewiesen wurden, so rechtfertigt sich die Aufbürdung sämmtlicher Kosten von selbst.

Deggendorf am 12. Juli 1828.

Königliches Landgericht.

(Siegel.) Bayerlein.

VIII.

Im Namen Seiner königlichen Majestät von Baiern

erkennt das königlich baierische Appellationsgericht für den Unter-Donaukreis über die Berufungsbeschwerde des Johann Rainer und Kons., bürgerlicher Fragner zu Deggendorf, gegen Anna Maria Wolferseder und Maria Sander, verwitwete Seifensiederinen dortselbst, wegen Kerzenverkaufes, jezt Wiedereinsezung in den vorigen Stand betr. zu Recht, und bestättigt das erstrichterliche Erkenntniß des königlichen Landgerichtes Deggendorf, erlassen am 12. und verkündet am 17. Juli laufenden Jahres, unter Verurtheilung der Appellanten in die Berufungskosten in Haupt- und Nebensache.

Entscheidungsgründe.

Nebst den untergerichtlichen Entscheidungsgründen werden noch folgende angeführt:

Die Seifensieder von Deggendorf suchten durch Herkommen zu begründen, daß die Fragner dortselbst nicht befugt seien, die Kerzen nach dem Gewichte, sondern nur stück- und kreuzerweise zu verkaufen.

Der Beweis ist ihnen wenigstens zum Theile gelungen, weßhalb die Fragner, wenn sie über ihre Gegner siegen wollen, noch vorerst den Reinigungseid abzulegen haben, daß sie weder wissen noch glauben, daß sie die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen.

Sie erklärten sich auch zu dem Eide bereit, jedoch noch vor Ablegung desselben fanden sich alte Akten vor, durch deren Inhalt sie des Eides entübrigt zu sein glauben, und deßhalb suchten sie auf den Grund dieser alten, der erst neu aufgefundenen Akten die Wiedereinsezung in den vorigen Stand gegen die ergangene Entscheidung nach.

Diese alten Akten, welche bei dem Magistrate zu Deggendorf verhandelt wurden, sollen darthun, daß die Fragner schon im 17. Jahrhunderte berechtigt waren, die

Kerzen ohne alle Beschränkung zu verkaufen, daß vielmehr die Seifensieder zum Kerzenverkaufe Anfangs gar kein und zulezt nur ein gleiches Recht erhielten.

Die Seifensieder geben in ihrer Antwort dieses zu, allein sie wenden ein, daß ihnen diese uralten Rechte und Entscheidungen gar nicht mehr schaden, indem in der Zwischenzeit seit 1700 durch ein verändertes Herkommen ein ganz neuer Rechtszustand begründet wurde, welcher das alte Rechtsverhältniß aufhebe.

Die Fragner repliziren nur, daß eine rechtskräftige Entscheidung durch ein entgegengeseztes Herkommen keineswegs aufgehoben werden könne, jene bilde unter den Parteien einen Vertrag, und das dadurch entstandene vertragsmäßige Recht dauere so lange fort, bis es durch einen neueren Vertrag abgeändert werde.

Die Beklagten dagegen beharren in der Duplik auf ihren vorigen Einwendungen.

Es fragt sich nun, ob die gesezlichen Erforderniße zur Wiedereinsezung in den vorigen Stand vorhanden seien.

Nach dem Cod. jud. Kap. 16. §. 1. hat dieselbe nur wegen solcher neuen Thatsachen Statt, welche die Hauptsache selbst merklich alteriren. In den neu aufgefundenen Akten liegen allerdings neue Thatsachen, sofern man im Laufe des gegenwärtigen Prozesses von ihrem Dasein noch keine Kunde hatte, sohin auf deren Inhalt keine Rücksicht genommen wurde. Die dermalige Streitfrage dreht sich um ihre Erheblichkeit, d. h. darum, ob, wenn diese Akten schon früher vorgelegen wären, ein anderer Spruch hätte erfolgen können, als die erkannte Eidesauflage für die Fragner. Der Richter erster Instanz hält die Vorakten für unerheblich, weil ein rechtmäßiges Herkommen das ältere geschriebene oder ungeschriebene Recht aufhebe, sohin auch die rechtskräftige Entscheidung, weil ferner diese die Kraft eines geschriebenen allgemeinen Gesezes nicht habe, und nur in zweifelhaften Fällen zur Usual-Auslegung diene, wobei aber aller Widerspruch vermieden werden müsse. Cod. civ. Th. I. Kap. 2. §. 14. Nr. 3.

Derselbe erkannte sonach auf Abweisung der Wiedereinsezung. Dieser Abweisung mußte auch in zweiter Instanz beigepflichtet werden, und zwar aus dem Grunde der gesezlichen Bestimmung im Cod. civ. Th. I. Kap. 2. §. 15. Nr. 4 und der Anmerkungen hierzu, gemäß welcher die rechtmäßige Gewohnheit die Kraft eines Gesezes hat und das ältere geschriebene oder ungeschriebene Recht aufhebt. Die Entscheidung vom Jahre 1732 mag noch so günstig für die Fragner ausgefallen sein, so fruchtet ihnen dieses für den gegenwärtigen Streit gar nichts, wenn sich in der Zwischenzeit ein entgegengeseztes Herkommen gestaltet hat.

Der seit 1732 abgelaufene Zeitraum von beinahe einem vollen Jahrhunderte war um so mehr zur Bildung dieses Herkommens genügend, als hierzu in der Regel nach Nr. 3. a. a. O. des Cod. civ. nur ein Zeitraum von dreißig Jahren erfordert wird.

Es ist sonach überflüßig, zu untersuchen, ob die Vorakten für die Fragner günstig oder ungünstig lauten; nur berufungsweise mag hier angeführt werden, daß ihr Inhalt für die Fragner allerdings günstig wäre, indem daraus hervorgeht, daß sie ehemals den ganzen Kerzenhandel ausschließend betreiben durften, um so mehr war er ihnen also nicht blos stück- und kreuzerweise, sondern auch pfundweise erlaubt.

Was der Richter erster Instanz von der ehemaligen Nichtzünftigkeit der Seifensieder vorbringt, ist unerheblich, weil es an der früheren Berechtigung der Fragner nichts abzuändern vermögte. Durch die spätere Zünftigkeit der Seifensieder erhielten diese im Vergleichswege ein gleiches Verkaufsrecht mit den Fragnern, welchen an der Ausdehnung ihres Verkaufsrechtes dadurch nichts benommen war. Die Sache reduzirt sich sonach wieder lediglich auf den vorerwähnten Rechtsgrund, daß ein verändertes Herkommen das alte Rechtsverhältniß aufheben konnte.

Inwieferne die Seifensieder ein solches rechtmäßiges Herkommen bewiesen haben, kann hier nicht mehr zur Untersuchung kommen, weil diese Untersuchung schon geschehen

und

und durch ein rechtskräftiges oberappellationsgerichtliches Erkenntniß dahin entschieden ist, daß die Seifensieder allerdings einigen Beweis erbracht haben, gegen den sich die Fragner durch den Reinigungseid reinigen sollen.

Die Haupteinwendung der Fragner in der Wiedereinsezungsache besteht nur darin, daß die rechtskräftige Entscheidung nicht unter dem geschriebenen oder ungeschriebenen Rechte zu begreifen sei, sohin durch das Herkommen nicht aufgehoben werden könne; die rechtskräftige Entscheidung bilde einen Vertrag, und könne nur wieder durch einen Vertrag aufgehoben werden. Diese Ansicht ist aber gewiß irrig. Man muß hierbei die Frage aufwerfen: ist denn ein vertragsmäßiges Recht nicht auch ein Recht? und wenn nun das Gesez jedes Recht ohne Unterschied, es mag geschrieben oder ungeschrieben sein, durch das Herkommen aufheben läßt, warum soll gerade das vertragsmäßige Recht nicht darunter begriffen werden können? Die rechtskräftige Entscheidung ist nichts Anderes, als die Unterstellung eines gegebenen Falles unter ein bestimmtes Gesez; wenn nun das Gesez selbst aufhebbar ist, warum soll es nicht auch der demselben unterstellte Rechtsfall sein? In beiden Fällen waltet zur Aufhebung der nämliche gesezliche Grund ob, nämlich die stillschweigende Einwilligung des Gesezgebers und der betheiligten Parteien.

Die Gewährschaft, welche die Appellanten in der gesezlichen Bestimmung des Cod. civ. Th. IV. Kap. 13. §. 11, gemäß welcher die rechtskräftige Entscheidung, ja selbst schon die Kriegsbefestigung, ihre Wirkung auf vierzig Jahre erstreckt, für ihre Behauptung finden wollen, steht gerade gegen sie; denn es ist darin nur ausgesprochen, daß auch die rechtskräftige Entscheidung auf einen Zeitraum beschränkt sein kann. Auf keinen Fall ist dadurch die gesezliche Bestimmung über das Herkommen aufgehoben.

Aus diesen Gründen konnte lediglich nur die Bestätigung des erstrichterlichen Erkenntnisses in der Hauptsache erfolgen.

Was den Kostenpunkt anbelangt, so kann man den

Appellanten zwar keinen Streitmuthwillen vorwerfen, da sich für ihre Meinung allerdings Zweifelsgründe vorbringen ließen; allein da sie doch einmal in beiden Instanzen unterliegender Theil sind, und die Kosten so leicht nicht verglichen werden sollen, so wurde auch im Punkte der Kosten die Bestätigung des erstrichterlichen Erkentnisses und die Verurtheilung in die Berufungskosten um so mehr ausgesprochen, als ohnedies durch Ableistung des Eides, zu welchem sich die Fragner bereit erklärt hatten, der ganze Zwischenstreit als überflüssig unterblieben wäre.

Straubing am 9. Dezember 1828.

(Siegel.)

Königlich baierisches Appellationsgericht für den Unter-Donaukreis.

Freiherr von Branca.

Sighart Sekretär.

IX.

Seine königliche Majestät

erkennen in Sache der Witwe Anna Maria Wolferseder und Konsorten, Seifensieder in Deggendorf, gegen Johann Rainer und Kons., Fragner daselbst, wegen Kerzenverkaufes, num Wiedereinsezung in den vorigen Stand, zu Recht:

die Beklagten seien gegen das oberstrichterliche Erkenntniß vom 24. November 1827 in den vorigen Stand wiedereinzusezen, sonach von der gegen sie hinsichtlich des Verkaufs von Kerzen nach dem Gewichte von den Seifensiedern angestellten Klage zu entbinden, unter Vergleichung der Prozeßkosten sämmtlicher Instanzen.

Entscheidungsgründe.

A.

Die neuen Thatumstände, auf welche die Fragner ihr Wiedereinsezungs-Gesuch gründeten, sind in alten Akten enthalten, welche sich in der Registratur des Magistrates

zu Deggendorf vorgefunden haben. Nach diesen Akten wurde bereits am 4. März 1693, 5. November 1706 und 9. April 1727 den damals noch nicht zünftig gewesenen Seifensiedern auf Klage der Fragner der Kerzenverkauf eingestellt. Als späterhin eine deßhalb erkannte Strafe erhoben werden sollte, appellirten die Seifensieder an die kurfürstliche Regierung in Straubing, welche aber am 14. März 1732 die Verfügung des Magistrates bestätigte. Auch hierbei beruhigten sich die Seifensieder nicht, sondern ergriffen die weitere Berufung an den kurfürstlichen Hofrath in München; aber auch hier ward am 4. Februar 1733 die Entscheidung zweiter Instanz nur mit der Modifikation bestätigt, daß den Seifensiedern der Kerzenverkauf außerhalb Deggendorf nicht eingestellt sein solle. Als jedoch inzwischen (am 12. Mai 1732) die Seifensieder als solche und als Kerzenmacher in dem Rentamte Straubing waren eingezünftet worden, ordnete der kurfürstliche Hofrath am 27. Oktober 1734 die Wiederaufnahme der Verhandlungen zwischen ihnen und den Fragnern an, falls eine gütliche Vereinigung nicht zu Stande kommen sollte. Diese wurde aber am 7. Februar 1735 dahin getroffen, daß beiden Theilen der Kerzenverkauf zustehen solle, ohne für den einen oder andern Theil eine Beschränkung festzusezen.

B.

Daß in diesen alten Akten wirklich neue Thatumstände enthalten seien, die Fragner hiervon früher nichts gewußt, und dieselben das Wiedereinsezungs-Gesuch zur rechten Zeit angebracht hätten, wurde von den Seifensiedern nicht bestritten. Nach Kap. 16. §. 1. Nr. 2. der Gerichtsordnung kommt es also blos noch auf die Frage an: ob die aus den frühern Akten hervorgehende, unwidersprochene, für den unbeschränkten Kerzenverkauf der Beklagten sprechende abgeurtheilte und verglichene Sache von den Jahren 1733 und 1735 für die gegenwärtige Entscheidung erheblich sei, ob durch sie die Hauptsache selbst in facto merklich alterirt werde, wie die Gerichtsordnung a. a. O. sich ausdrückt.

C.

Richtig ist zwar, daß Rechtskraft und Vergleich eben so, wie ein geschriebenes oder ungeschriebenes Gesez, durch ein nachheriges rechtsgiltiges Herkommen aufgehoben werden können; auch wird dieser Rechtsaz durch den Einwurf der Fragner, daß ein besonderes Gesez durch ein allgemeines nicht aufgehoben werde, nicht widerlegt, denn es handelt sich hier nicht von einem neueren allgemeinen Herkommen, das von den Seifensiedern mehr als halb erwiesen in der neueren Zeit entstandene Herkommen betrifft eben so besonders den Kerzenverkauf der Fragner zu Deggendorf, als die frühere Entscheidung und der frühere Vergleich; — es ist aber hier, auf den Standpunkt des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 24. November 1827 sich zurückdenkend, zu untersuchen, ob und in welchem Grade damals der Beweis eines das früher erworbene Recht der Fragner auf einen unbeschränkten Kerzenverkauf aufhebenden rechtsgiltigen Herkommens als hergestellt würde angenommen worden sein, wenn die jetzt beigebrachten neuen Thatumstände damals schon vorgelegen wären.

D.

Bei der vorerwähnten Untersuchung stellen nun folgende Ergebnisse sich dar:

1) Die Fragner in Deggendorf waren vormals zum Kerzenverkaufe in Deggendorf allein berechtigt; sie traten deßhalb als Gegner wider die Seifensieder auf, und weil diese damals noch gar nicht als zünftig in Deggendorf bestanden, wurde den Seifensiedern durch rechtskräftiges Erkenntiß vom 4. Februar 1733 der Kerzenhandel in Deggendorf ganz untersagt.

2) In der Zwischenzeit, am 12. Mai 1732, sind jedoch auch die Seifensieder als solche und als Kerzenmacher im Rentamte Straubing eingezünftet worden. Dieser veränderte Stand der Verhältnisse beider Gewerbe gab die Veranlassung zu der am 7. Februar 1735 zwischen den Fragnern und Seifensiedern getroffnen gütlichen Uebereinkunft,

in welcher unter Anderem festgesezt wurde, daß künftig der Kerzenverkauf beiden Gewerben freistehen solle, ohne für den einen oder andern Theil eine Beschränkung zu erwähnen.

3) Hieraus folgt, daß es von diesem Zeitpunkte an eine res merae facultatis der Fragner war, Kerzen nach dem Gewichte oder nur stück- und kreuzerweise zu verkaufen. Eine Art des Handels aber, welche in der Natur des Gewerbes oder in dem freien Willen der Betheiligten liegt, gehört nicht zu den besondern, durch den bloßen Nichtgebrauch verjährbaren Rechten, sondern dieselbe ist zu den allgemeinen Befugnissen zu rechnen, von welchen der Cod. civ. Th. II. Kap. 4. §. 3. Nr. 3. bestimmt, daß sie res merae facultatis seyen.

4) Wer diese freie Befugniß widerspricht, muß beweisen: a) entweder ein obrigkeitliches Verbot oder b) eine Privat-Untersagung mit hierauf wenigstens zehn Jahre hindurch erfolgter Beruhigung.

Anmerk. über den Cod. civ. a. a. O. Nr. 5.

5) Dieser Beweis ist aber in dem vorliegenden Rechtstreite von den Fragnern gar nicht angetreten, vielweniger geführt worden. Die sämmtlichen Zeugen bekunden nur, daß die Fragner nie nach dem Gewichte Kerzen verkauft hätten, daß mehrere Vorfahrer der Beklagten gesagt hätten, sie seien nicht berechtigt, nach dem Gewichte zu verkaufen. Das Erste erscheint aber bei einer res merae facultatis als unerheblich, und das zweite würde nur ein außergerichtliches Geständniß von Vorfahrern der Beklagten über das Recht sein, welches nach Kap. 12. §. 1. Nr. 4 und 5 der Gerichtsordnung nicht einmal dem Gestehenden, noch weniger aber den besondern Nachfolgern desselben schadet.

6) Die Seifensieder haben daher nach dem Standpunkte, welchen die Sache durch die beigebrachten neuen Thatumstände genommen hat, den ihnen auferlegten Beweis, daß die Fragner die Kerzen nur stück- und kreuzerweise verkaufen dürfen, in irgend einem Grade nicht hergestellt.

E.

Es ist aber auch kein hinreichender Grund vorhanden, den Seifensiedern durch ein neues Beweiserkenntniß Gelegenheit zu eröffnen, den Beweis in einer dem veränderten Standpunkte der Sache angemessenen Weise neuerlich anzutreten und zu führen. Denn abgesehen davon, daß bereits in der Duplik des ersten Prozesses die Fragner sich namentlich darauf bezogen, daß der Verkauf nach dem Gewichte eine res merae facultatis gewesen, und ein Verbot und eine hierauf erfolgte Beruhigung jenseits gar nicht behauptet worden sei, nehmen auch die Seifensieder eine neue Beweisführung nicht in Anspruch, da sie in der Vernehmlassung auf das Wiedereinsezungs-Gesuch der Fragner selbst äußerten, sie würden, wenn sie auch von jener älteren Entscheidung und jenem älteren Vergleiche Kenntniß gehabt hätten, den Beweis eben so, und nicht anders, als geschehen, geführt haben. Ueberhaupt haben die Seifensieder im Wiedereinsezungs-Verfahren Nichts bestritten, als die Erheblichkeit der aus den vorgefundenen alten Akten sich ergebenden neuen Thatumstände.

F.

Die unter D. gezeigte Erheblichkeit der beigebrachten neuen Thatumstände war endlich auch allerdings als eine solche anzusehen, welche, wie die Gerichtsordnung Kap. 16. §. 1. Nr. 2. bedingt, die Hauptsache selbst in facto merklich alterirt. Denn, obgleich in diesem Worte ein besonderer Nachdruck liegen, und dieses Wortes ganzer Sinn nicht durch die unmittelbar folgenden Worte: „mithin nicht nur an sich erheblich, sondern auch vollständig und genug erwiesen sind,“ in dem Geseze selbst ausgesprochen sein sollte; so läßt sich doch wirklich nicht verkennen, daß hier die Hauptsache selbst in facto merklich alterirt werde. Denn das durch die beigebrachten neuen Thatumstände bewirkte Ergebniß ist völlige Entbindung der Beklagten von der Klage, während vorher in dem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 24. November 1827 ein mehr als halb ge-

stellter Beweis angenommen, und zwar aus dem ausgedrückten besondern Grunde auf den Reinigungseid erkannt wurde, aber auch zu dieser Eidesleistung ein gesezlicher Grund nicht mehr vorhanden ist, wenn, wie jezt sich ergibt, der Beweis in keinem Grade hergestellt worden ist, kein billiger Zweifel oder Verdacht gegen denjenigen, welcher den Eid schwören soll, obwaltet, und der allgemeine Rechtsaz eintritt: Wenn der Kläger keinen Beweis erbringt, muß der Beklagte von der Klage entbunden werden.

G.

Die Entscheidung über den Kostenpunkt gründet sich auf Kap. 17. §. 4. Nr. 3. der Gerichtsordnung, sie ist schon eine Folge des in der Hauptsache erlassenen abändernden Erkenntnisses. Es war daher in Allem, wie geschehen ist, oberstrichterlich zu erkennen.

München am 23. März 1830.

(Siegel)

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Baiern.

v. Ritter.

Sekr. Frankl.

Ich kann hier nicht umhin, die Zweifel und Bedenken vorzutragen, welche diese Urtheile in mir zurückgelassen haben.

I) Die Fragner-Gerechtigkeit ist von der Krämer-Gerechtigkeit so sehr verschieden, daß sich von dieser auf jene kein Schluß ziehen läßt*). Das Wesen der Fragnerei besteht darin, daß der Fragner die täglichen Bedürfnisse in den kleinsten Portionen verkauft, während dem Krämer der Absaz im Kleinen und Großen erlaubt ist. Sprechen nun die Fragner das Recht an,

*) Mayr, Sammlung der kurpfalzbaierischen Landesverordnungen (München 1784 u. f.) Bd. V. S. 761. Nr. LVI.

Seife und Kerzen im Großen verkaufen zu dürfen, so scheint es, daß sie entweder — nach der Natur ihres Gewerbrechtes mit einem solchen Anspruche sogleich zurückgewiesen oder daß sie zu dem Beweise der größeren Berechtigung angehalten werden müssen.

II) Nach dem Gewerbsgeseze v. 11. Sept. 1825, Art. 10. Nr. 2. sind Streitigkeiten über den Umfang der Gewerbe sogleich polizeilich zu erledigen und durch die Instruktion zum Vollzuge des Gewerbsgesezes *) §. 17. sind den Polizei-Behörden die Grundsäze vorgestellt, nach welchen sie die Streitigkeiten über den Umfang der Gewerbe beilegen sollen. Zwischen realen und persönlichen Gewerbsrechten wird hierin kein Unterschied gemacht, und es ist daher die Zuständigkeit der Civilgerichte sehr problematisch. Im gegenwärtigen Falle, wo die Civilgerichte den Fragnern den Verkauf der Kerzen im Großen gestattet und dadurch — (wohl gegen ihre Absicht?) — das Gewerb der Seifensieder ruinirt haben, wird den Polizei-Behörden doch nichts übrig bleiben, als die entstandene Ungleichheit auf polizeilichem Wege, so gut es gehen will, wieder zu beseitigen.

III) Die Seifensieder haben mehr, als zur Hälfte, bewiesen, daß die Fragner seit unvordenklicher Zeit Seife und Kerzen nur im Kleinen verkauft und dabei das Geständniß abgelegt haben, sie seien zum Verkaufe im Großen nicht berechtigt. Gegen den Schluß des Prozesses fanden sich alte Akten, welche enthalten, daß die Fragner vor hundert Jahren zum unbeschränkten Verkaufe dieser Artikel berechtigt gewesen sind. Gegen das lezte oberappellationsgerichtliche Erkenntniß dringen sich nun folgende Bedenken auf:

a) die unvordenkliche Verjährung hat die Kraft eines Titels, und der Titel wird aus der Länge der Zeit vermuthet, folglich ist man denselben weder anzuführen noch zu beweisen schuldig.

*) Reg. Bl. v. 1826. Nr. 4. S. 82 u. f.

Anmerk. über den Cod. civ. Th. II. Kap. 4. §. VI. Nr. 2 u. §. IX. Nr. 4.

Wer sich auf unvordenkliche Verjährung beruft, hat daher auch nicht nachzuweisen, daß er der Gegenpartei die Ausübung einer Handlung verboten, und daß sie sich dabei beruhigt habe.

b) Der Beweis: daß sich die Sache vorher einmal in einem andern Stande befunden habe, als sich durch den gelieferten Beweis einer unvordenklichen Verjährung herausstellt, ist werthlos, wenn sich aus den alten Urkunden nicht zugleich ein conträrer oder fehlerhafter Anfang des gegenwärtigen Besizes ergibt; denn wäre jenes allein hinlänglich, so gäbe es keine unvordenkliche Verjährung mehr, weil wenige Sachen in der Welt das sind, was sie vor Jahrhunderten waren.

Anmerk. a. a. O. §. IX. Nr. 3. d.

c) Die sogenannten res merae facultatis machen, sobald sich ein Dritter in den Besiz des fraglichen Rechtes gesezt, die Leistung nicht gemacht oder das Recht sich selbst zugeeignet hat, rücksichtlich ihrer Verjährung in unvordenklicher Zeit keine Ausnahme. So ist das Recht, Scharwerk zu fordern, eine res merae facultatis (Cod. civ. Th. II. Kap. 11. §. 15. Nr. 4.), allein dieses Recht geht doch durch den Ablauf einer unvordenklichen Zeit verloren, ohne daß der Scharwerkspflichtige den Beweis zu stellen hätte, daß die Scharwerk gefordert, von ihm verweigert und hierauf kürzere oder längere Zeit unterblieben sei. So hat der ehemalige kurfürstliche Hofrath und das Revisorium am 28. März 1648 erkannt.

Vgl. B. de Zeller, praejudicia sive resolutiones a summis Bavariae dicasteriis emanatae. pag. 143 et seq.

XIII.

Ueber die Geltendmachung der aus der unehelichen Vaterschaft entstandenen Rechte gegen die Konkursmasse des Schwängerers.

Von

Dr. C. Feust zu Bamberg.

Der Bauersohn Johann N. wurde von der ledigen Bauerstochter Eva X. in ihrem Namen sowohl als im Namen der Vormundschaft ihrer außerehelichen Tochter auf Vaterschaft, Genugthuung und Alimentirung gerichtlich belangt. Da derselbe die Klage ihrem ganzen Inhalte nach zugestand, jedoch eigenes Vermögen noch nicht besaß, so wurde er den Bestimmungen der hier zur Anwendung gekommenen bamberger Provinzial-Gesezgebung *) gemäß für schuldig erkannt:

a) der Klägerin bis nach vollendetem vierzehnten Lebensjahre des Kindes einen jährlichen Alimentenbeitrag von acht Gulden 45 Kr. zu entrichten,

b) die Klägerin selbst aber mit fünf Prozent des ihm allenfalls künftig anfallenden Vermögens für den Verlust der Jungfrauschaft zu entschädigen.

Kurze Zeit nach Erlassung dieses Erkenntnisses, bei welchem beide Parteien sich beruhigten, verehelichte sich Johann N. mit der Bauerswitwe Gertraud Z. und bei

*) Vgl. Weber, Grundsäze des bamberg. Landrechts (Bamb. 1805) Bd. 2. §. 1065. u. f.

Abschluß der Ehepakten wurde zwischen den Brautleuten die allgemeine Gütergemeinschaft verabredet, welche nach dem bamberger Landrechte Th. 1. Kap. 2. Tit. 5. §. VIII. alle Schulden der Eheleute, sowohl die vor als nach Eingehung der Ehe gemachten, in gemeinschaftliche ändert.

Die Witwe Gertraud Z. war zwar Eigenthümerin eines nicht unbedeutenden Grundvermögens, allein es lasteten auf demselben so viele Schulden, daß zwei Jahre nach ihrer Verheirathung durch das Anschwellen der im Rückstande verbliebenen Kapitalzinsen und das allgemeine Sinken des Güterwerthes der Universal-Konkurs über das gemeinschaftliche Vermögen der n—schen Eheleute herbeigeführt wurde.

An dem vom Konkursgerichte hierauf anberaumten ersten Ediktstage liquidirten nun die Bauerstochter Eva X. und die Vormundschaft ihres außerehelichen Kindes:

1) 75 Gulden Entschädigung für den Verlust der Jungfrauschaft, weil nach dem bei den Konkursakten befindlichen Inventare der gerichtlich erhobene Stand der Vermögensmasse sich auf 1500 Gulden belaufe, mithin die ihr urtheilmäßig gebührende Entschädigung von 5 Prozent sich auf die zur Anmeldung gebrachte Summe von 75 Gulden berechne;

2) 87 Gulden 30 Kr. künftige Alimente, weil das außereheliche Kind der Liquidantin damals erst 4 Jahre zählte, demnach die Alimentationspflichtigkeit des Gemeinschuldners sich noch auf den Zeitraum von 10 Jahren erstreckte.

Zur Deckung dieser Alimente wurde die Aussetzung eines Kapitals von der Größe beantragt, daß aus dessen Zinsen die jährlich fällig werdenden Alimentations-Beiträge bestritten werden könnten.

Die Gläubiger setzten in der Vernehmlassung entgegen: daß die Liquidantin weder ihre Entschädigung, noch die nach beendigtem Konkurse erst fällig werdenden Alimentations-Beiträge aus der Konkursmasse zu fordern berechtigt

sei; wegen der während des Konkurses erwachsenden kam ein gütliches Uebereinkommen zu Stande.

Durch zwei gleichförmige Erkenntnisse wurde Eva X.

a) mit ihrer liquidirten Entschädigung zu 75 Gulden und

b) mit den nach Beendigung des Konkurses erst fällig werdenden Alimentations-Beiträgen für ihr außereheliches Kind von der Masse abgewiesen.

Die Entscheidungsgründe waren folgende:

„Zu a) Was die Entschädigungsforderung der Liquidantin betrifft, so hat sie zwar allerdings ein erworbenes Recht auf fünf Prozent vom Vermögen des Gemeinschuldners N.; allein diese Forderung kann nur dann realisirt werden, wenn N. Vermögen besitzt. Da er aber gegenwärtig, wo diese Forderung geltend gemacht werden will, kein Vermögen besitzt, so fällt dermals auch ein Abzug von 5 Prozent für die Liquidantin von selbst weg. Durch die Gütergemeinschaft mit seiner dermaligen Ehefrau erhielt zwar N. ein Anwesen, aber kein eigentliches Vermögen; da die auf diesem Anwesen haftenden Schulden dasselbe verschlingen, so daß dem N. durchaus kein Vermögen übrig bleibt *). So wie es nun unbezweifelt ist, daß die Abgabe von 5 Prozent nur von einem wirklich bestehenden Vermögen gefordert zu werden vermag, so kann auch dermals und aus der weit überschuldeten Konkursmasse die fragliche Entschädigung von 5 Prozent nicht gefordert werden.

„Zu b) Aehnliche Beschaffenheit hat es mit der Alimentation des Kindes nach durchgeführtem Konkurse. Denn auch die Alimentationsleistung des N. hört von selbst mit dem Zeitpunkte auf, wo derselbe ganz vermögenslos wird, welches hier der Fall ist, so daß zwar N. stets fortwäh-

*) Bei jeder Berechnung des ganzen Vermögens einer Person, so wie bei jeder Verfügung darüber sind die Schulden zuvörderst abzuziehen. L. 39. §. 1. D. de verb. signif. (50. 16.) „Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt.“

rend zur Leistung der rechtskräftig festgesezten Alimentation seines außerehelichen Kindes verbunden bleibt, diese aber nicht izt schon voraus von der an die Gläubiger übergehenden Masse gefordert werden kann. Gleichwie nun die eigenen ehelichen Kinder der verganteten Eheleute keinen Anspruch auf Alimentation aus der Konkursmasse nach Beendigung des Konkurses haben, so kann auch die Alimentation des außerehelich von dem Gemeinschuldner mit der Liquidantin erzeugten Kindes nach beendigtem Konkurse nicht mehr aus der Masse, sondern nur überhaupt von N., wenn dieser dazu vermögend wird, rechtlich gefordert werden." —

Diese hier besprochene Entscheidung hinsichtlich der nach beendigtem Konkurse erst fällig werdenden Alimentations-Beiträge dürfte auch auf die während des Konkurses erlaufenden Alimente Anwendung finden; auch diese hat die Konkursmasse nicht zu vertreten, und sie eignen sich gleichfalls zur Abweisung von der Masse. Denn schon mit dem Augenblicke der Eröffnung des förmlichen Konkurses wird der Gemeinschuldner vermögenslos, da sein gesammtes zu jener Zeit vorhandenes Vermögen auf dessen Gläubiger übergeht*), und diese sind, als besondere Nachfolger des Gemeinschuldners, keineswegs verpflichtet, die rein persönliche Alimenten-Pflichtigkeit desselben zu vertreten. Hierdurch scheint auch der in v. Zu-Rheins Beiträgen zur Gesezgebung und praktischen Jurisprudenz (München seit 1827, b. Finsterlin, nun Würzburg b. Strecker.) Bd. 1. H. 2. S. 268. angedeutete Wunsch, daß die künftigen Alimente unehelicher Kinder mit einem Vorzugsrechte begabt werden mögten, beseitigt zu sein, da, wie der vorstehende Rechtsfall zeigt, sowohl die während des Konkurses, als nach beendigtem Konkurse erwachsenen Alimente sich gar nicht zur Lozirung eignen, sondern von der Masse abzuweisen sind. Wenn gleich die Gerichtsordnung vom Jahre 1753, Kap. 20. §. 10. Nr. 5. jenen,

*) Thibaut Pandekt. Recht. §. 1222—1223.

welchen Alimentirung gebührt, ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen desjenigen einräumt, welcher die Alimente zu leisten hat, und wenn gleich auch die Prioritäts-Ordnung vom 1. Juni 1822, §. 12. Nr. 3 und 4, den Alimenten unter dort ausgedrückten Beschränkungen ein Vorzugsrecht bewilligt, so werden doch hierunter blos diejenigen Alimente zu verstehen sein, auf welche durch eine leztwillige Verfügung, durch Vertrag*) oder sonstiges obligatorisches Verhältniß die Ansprüche begründet sind, keineswegs aber solche, deren Veranlassung in der Verwandtschaft des zu Alimentirenden mit dem Alimentationspflichtigen liegt, und zu deren Verabfolgung die Verbindlichkeit nur so lange dauert, als Lezterer Vermögen besizt**), eine Voraussezung, die schon mit der Konkurs-Eröffnung wegfällt.

Blos die vor dem Konkurse bereits fällig gewordenen Alimente werden eine Stelle im Klassenurtheile finden müssen, da sie zu einem Zeitpunkte erwachsen sind, wo der Gemeinschuldner noch nicht als vermögenslos galt, also auch zahlungspflichtig war***). —

*) Die Ger. Ord. a. a. O. führt namentlich die sogenannten Austrägler als Beispiel an.

**) Schweppe, römisches Privatrecht. (Altona 1819) §. 642.

***) Es muß aber doch hier wohl bemerkt werden, daß die Verbindlichkeit zu einer Zahlung und das Klagerecht darauf nicht vom Vermögensbesize der in Anspruch zu nehmenden Person abhängen, von diesem Vermögensbesize kann nicht bei der Aburtheilung, sondern erst bei der Exekution die Rede sein. Der Richter kann sehr wohl einen Armen zur Zahlung einer schuldigen Summe verurtheilen; ob die Zahlung exequirbar ist, wird sich zeigen, und kommt der Arme zu Vermögen, so ist doch schon dessen Verbindlichkeit ausgesprochen. S.

XIV.

Zusammentreffen der Vorschriften der Gerichtsordnung über das Beweisverfahren mit dem Geseze vom 22. Juli 1819, und Grundsäze über Zinsen- und Kostenersaz.

Von

Dr. Nibler,

k. Appellationsgerichts-Advokaten in Straubing.

Vorerinnerung.

Hier kommen folgende Fragen zur Sprache:

A) Aus dem Prozesse:

1) Was ist unter den bei uns verbotnen bedingten Urtheilen zu verstehen? 2) Kann wegen eines die Wiedereinsezung in den vorigen Stand gegen einen versäumten Beweis zulassenden Urtheiles eine selbständige Berufung ergriffen werden? 3) Wenn Beweis und Gegenbeweis erhoben sind, darüber in beiden Unterinstanzen erkannt und zur dritten Instanz die Berufung ergriffen ist, von dem obersten Gerichte aber der Beweis vorher für versäumt erklärt war, und der Beweisführer in den vorigen Stand wiedereingesezt wurde, ohne daß jedoch die vorigen Definitivurtheile ausdrücklich wiederholt wurden; sind in diesem Falle diese Definitivurtheile für erneuert zu halten, und kann die Gegenpartei, welche sich wegen Ertheilung der Wiedereinsezung bei der dritten Instanz beschwert, für den Fall, daß das oberste Gericht diese Beschwerde verwirft,

verlangen, daß dieses Gericht zugleich über ihre vorige Berufung gegen die Definitivurtheile entscheide, oder muß das oberste Gericht anordnen, daß in den Unterinstanzen noch einmal definitiv geurtheilt werde?

B) Aus dem bürgerlichen Rechte:

4) Ist der Schuldner dann schon von dem Verzuge und von der Verbindlichkeit, Verzugszinsen zu zahlen, frei, wenn er in dem über die Schuld entstandenen Prozesse zwar unterliegt, aber nicht für einen muthwilligen Streiter erklärt wird? 5) Berechtigt die Verschiedenheit der Erkenntnisse zur Vergleichung der Kosten?

§. 1.

Stand der Sache. Verfahren bis zur Beweisauflage.

Am 3. Jäner 1818 stellte M. gegen H. bei dem königlichen Stadtgerichte Str. Klage auf 775 Gulden $26\frac{2}{5}$ Kr. und Zinsen hiervon aus einem Unschlittverkaufe. Der Beklagte wendete ein, daß er den Kauf nur von Kommissionswegen unterhandelt habe, und daß er folglich auf die Zahlung nicht belangt werden könne, wäre aber dieses anders, so müsse er im Wege der Widerklage um die Zurückgabe des bereits bezahlten Theiles des Kaufpreises (750 Gulden) auftreten, weil das Unschlitt unbrauchbar gewesen sei.

Am 18. Juni 1819 erfolgte das erstrichterliche Urtheil dahin, daß beide Theile Beweis führen müßten, der Kläger darüber, daß der Beklagte den Kauf auf eignen Namen geschlossen habe, und daß nur das Unschlitt, welches der Kläger besessen, Gegenstand des Kaufes gewesen sei; — der Beklagte aber darüber, daß er auf gutes Unschlitt in genere gehandelt habe.

Das zweitrichterliche Erkenntniß vom 22. Oktober 1819 fiel dahin aus, Beklagter solle beweisen, daß er den Kauf von Kommissionswegen geschlossen habe, und das Unschlitt ganz oder zum Theil unbrauchbar sei.

§. 2.

§. 2.

Das auf Prozeßverkürzung berechnete Gesez vom 22. Juli 1819 einige Verbess. der Ger. Ord. betr. verlängert diesen Prozeß ganz auffallend. Nach neun Jahren wird erkannt, daß H. der Käufer des Unschlitts und der wahre Beklagte sei.

Unterdessen war am 1. Oktober 1819 das Gesez vom 22. Juli näml. Jahres in Kraft getreten; dieses sagt im lezten §.: „daß Prozesse, welche bereits an diesem Tage „(1. Okt. 1819) anhängig gewesen sind, in derselben Instanz nach den bisherigen Prozeßgesezen fortverhandelt „werden sollen."

Ohne weiter sich der Berufung zu bedienen, trat der Beklagte binnen der vorgesezten Frist bei dem Stadtgerichte den Beweis nach den alten Prozeßgesezen in ordinario an, d. h. er stellte Beweisartikel auf, benannte aber seine Beweismittel nicht. (Ger. Ord. Kap. 9. §. 4.) Das Stadtgericht fragte deßhalb am 18. Jäner 1820 bei dem königlichen Appellationsgerichte an, welches sehr angemessen antwortete: es müsse nach dem Geseze vom 22. Juli 1819 verfahren werden, weil das zweitrichterliche Beweiserkenntniß am 6. November 1819 eröffnet worden sei, und weil nur dadurch die von dem Geseze beabsichtigten Verbesserungen der Rechtspflege bewirkt würden*).

Das Stadtgericht forderte nunmehr den Beklagten auf, seine Beweismittel (dem §. 12. des Gesezes vom

---

*) Gönner im Kommentar zum Gesez vom 22. Juli 1819 S. 503. Nr. 7. entscheidet diesen Zweifel: „Beweisantretun„gen, welche vor dem ersten Oktober (1819) geschehen sind, „müssen, sowohl was den Beweis, als was den Gegenbeweis „angeht, wegen des hierdurch erworbenen Rechts nach dem „alten Geseze, dagegen Beweisantretungen, welche nach je„nem Zeitpunkte erfolgen, ganz nach dem neuen Geseze beur„theilt werden, wenn auch das Beweisinterlokut vor jenem „Zeitpunkte ergangen ist." S.

22. Juli 1819 zufolge) zu benennen; dieser aber übergab am 1. März 1820 Additional-Artikel, und benannte darüber sowohl, als über die früheren Artikel seine Beweismittel. Der Kläger, zum Gegenbeweise aufgefordert, trat zwar diesen an, verwahrte sich aber gegen die Zulassung des Beweises und des Additional-Beweises, weil die Sache nach dem Geseze vom 22. Juli 1819 beurheilt werden müsse, nach welchem kein Additional-Beweis nach Verfluß der Beweisfrist mehr zuläßig sei, und unter dem Rechtsnachtheile der Desertion alle Beweismittel binnen der Beweisfrist namhaft gemacht werden müßten.

Das Stadtgericht bestand in Ansehung des Beweises auf seinem vorigen Beschlusse, und wies am 18. März 1820 den Kläger zu einer selbständigen Berufung an, in Ansehung des Additional-Beweises vernahm es aber den Beklagten, welcher rücksichtlich des lezteren um Wiedereinsezung in den vorigen Stand bat, weil er den Sinn des §. 38 des Gesezes vom 22. Juli 1819 nicht verstanden und geglaubt habe, es müsse bei allen Prozessen, welche vor dem 1. Oktober 1819 schon bei irgend einer Instanz anhängig gewesen seien, und welche später wieder zu dieser Instanz kämen, in derselben Instanz nach den alten Gesezen verfahren werden. Das Stadtgericht ertheilte (wegen dieses Rechtsirrthums) dem Beklagten die nachgesuchte Wiedereinsezung, und bestand darauf, der Kläger müsse selbständig appelliren, wogegen sich dieser wieder verwahrte.

Es wurden nun im August 1820 die beiderseits vorgeschlagenen Zeugen vernommen, die Aussagen derselben eröffnet, die Schlußschriften eingereicht, und endlich wurde am 3. Juli 1821 das erstrichterliche Haupturtheil verkündet, welches lautete:

„1) der Kläger habe den Reinigungseid darüber zu „schwören, daß er bei dem Abschlusse des Kaufes von „einer Kommission des Beklagten nichts gewußt habe;

„2) die Entscheidung über die Widerklage (wegen „der Beschaffenheit des Unschlitts), so wie über die Prozeß-

„kosten werde ausgesezt,“ (und zwar die erstere aus dem Grunde, weil bedingte Erkenntnisse in Baiern verboten seien, über die Widerklage aber doch nur unter der Bedingung erkannt werden könne, wenn H. rechtskräftig für den Käufer des Unschlitts und sonach für den wahren Beklagten erklärt würde).

Gegen dieses Urtheil ergriffen beide Theile die Berufung; der Kläger verband noch damit nach Vorschrift des Gesezes vom 22. Juli 1819 seine bisher vorbehaltenen Beschwerden gegen die Zulassung des Beweises überhaupt und insbesondere des Additional-Beweises ꝛc. und er beschwerte sich noch vorzüglich darüber, daß das Stadtgericht, gegen den Geist der Gerichtsordnung und des erwähnten Gesezes, welche unverkennbar der Eventual-Maxime huldigten, und öftere Berufungen verhüten wollten, das Urtheil über die Widerklage aus dem Grunde, daß es bedingt erkennen müßte, ausgesezt habe. Der Kläger gab hierbei an, dieser Grund sei irrig, weil der sehr große Unterschied zwischen bedingten Erkenntnissen und zwischen Erkenntnissen, welche an sich unbedingt ausgesprochen würden, und bei denen nur die Exekution des einen durch die Exekution des andern bedingt sei, nicht verkannt werden könne.

Am 23. Jäner 1822 wurde das zweitrichterliche Urtheil eröffnet, welches 1) die vorbehaltenen Berufungen des Klägers gegen Zulassung des Beweises und Additional-Beweises für desert erklärte, weil der Kläger sogleich und selbständig die Berufung hätte ergreifen sollen, welches ferner 2) dem Beklagten den Erfüllungseid darüber zuerkannte, daß er den Kauf von Komissionswegen mit dem Kläger abgeschlossen habe, und welches endlich 3) die Entscheidung über die Widerklage und über die Kosten erster Instanz gleichfalls aussezte.

Der Kläger legte am 7. März 1822 die Berufung an das oberste Landesgericht ein, weil jedoch in erster und zweiter Instanz über die Widerklage nicht erkannt war, folglich dem höchsten Gerichtshofe nichts übrig geblieben wäre, als entweder gleichfalls nur über die Klage zu urtheilen,

oder den Unterbehörden die nachträgliche Entscheidung der Widerklage aufzutragen, und sein Urtheil so lange auszusezen, bis die Widerklage rechtskräftig in den Unter-Instanzen entschieden wäre, oder bis der Streit darüber durch neue Berufungen gleichfalls bei dem Ober-Appellationsgerichte anhängig würde; — und weil in dem einen Falle eben so viel Zeit verloren war, als in dem andern; — so enthielt sich der Kläger einer weiteren Beschwerde über die in den Unterinstanzen ausgesprochene Aussezung des Erkenntnisses über die Widerklage.

Das königliche Ober-Appellationsgericht sprach in seinem, am 4. Juli 1822 verkündeten, Erkenntnisse aus: „daß der Beweis des Beklagten für desert und er selbst für den Käufer (im eignen Namen) anzunehmen, der Spruch über die Kosten erster Instanz aber auszusezen sei.“

Dieses Urtheil ist auf folgende Gründe gebaut: „Die vorbehaltenen Berufungen des Klägers seien nicht desert, wohl aber der Beweis des Beklagten, weil sich dieser nach dem Geseze vom 22. Juli 1819 hätte richten sollen. Sobald der Richter sich hiervon überzeugt, hätte er dem Beklagten keine Frist zum Beweisantritte geben, sondern die Beweis-Desertion aussprechen sollen; ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte wegen irriger Ansicht des §. 38 des Gesezes zu entschuldigen sei. Wenn aber der Beweis desert sei, so falle auch der Additional-Beweis weg, und eine Wiedereinsezung in den vorigen Stand in Ansehung des lezteren könne es — von ihrer Statthaftigkeit abgesehen — nicht geben, wenn der Beweis selbst verloren sei. Weil übrigens der Kläger nur hinsichtlich der Klage appellirt habe, könne über die Beschaffenheit des Unschlittes nicht abgeurtheilt werden.“

Nun suchte der Beklagte bei dem Gerichte erster Instanz Wiedereinsezung in den vorigen Stand gegen den Ablauf seiner Beweisfrist, sowohl hinsichtlich der Klage, als Widerklage, nach, und führte dabei unter Andern an: „Da die Untergerichte seinen Beweis bisher von Amtswegen gewahrt hätten, so habe er keine Ursache gehabt, Wieder-

einsezung in den vorigen Stand nachzusuchen; das königliche Ober-Appellationsgericht, an den trocknen Buchstaben (die Form) sich haltend, habe nicht, wie die unteren Richter, die Verhältnisse von Amtswegen berücksichtigen, sondern es ihm selbst überlassen wollen, Wiedereinsezung zu suchen." — Der Kläger äußerte dagegen die Meinung: „Das königliche Ober-Appellationsgericht würde, wenn es die vom Beklagten längst in den Akten ausgeführten Wiedereinsezungs-Gründe für hinreichend befunden hätte, sich nicht an die blosen Formen gehängt und aus einem Prozesse nicht zwei gemacht, sondern lieber ein materielles Urtheil erlassen haben."

Das Stadtgericht verkündete am 13. Februar 1823 sein Urtheil: „daß der Beklagte hinsichtlich der Klage und Widerklage mit seinem Beweise und Additional-Beweise in den vorigen Stand wieder eingesezt werde." Damit verband es aber nicht ein Erkenntniß in der Hauptsache, vermuthlich in der Meinung, daß sein am 3. Juli 1821 eröffnetes Urtheil ohnehin noch fortbestehe, weil dagegen sowohl, als gegen das am 23. Jäner 1822 verkündete zweitrichterliche Erkenntniß zur dritten Instanz appellirt, die Berufung des Klägers aber in der Hauptsache nicht erledigt worden war. Nur unter derselben Voraussezung, daß nämlich in der Ertheilung der Wiedereinsezung stillschweigend das vorige erstrichterliche Erkenntniß erneuert sei, konnte und mußte der Kläger eine selbständige Berufung einlegen *); unter der entgegengesezten durfte er sich blos verwahren, und das Stadtgericht mußte neuerdings ein Erkenntniß in der Hauptsache fällen. Von der ersteren Ansicht ausgehend, wendete der Kläger die Berufung ein, welche von dem Stadtgerichte sowohl, als von dem Appellationsgerichte unbedenklich angenommen, und von dem lezteren durch ein bestätigendes Erkenntniß vom 29. April, verkündet am 24. Mai 1823, erledigt wurde. Dem Klä-

*) Gönner, Kommentar über das Gesez vom 22. Juli 1819. S. 269, 271 u. folg. S. 295.

ger blieb nun nichts übrig, als auch noch an den obersten Gerichtshof zu appelliren, wo er für den Fall, daß dem Beklagten die Wiedereinsezung ertheilt werden müßte, um die Erledigung seiner am 7. März 1822 dahin ergriffenen und unentschieden gebliebenen Berufung d. h. um das Haupterkenntniß hinsichtlich der Klage bat. Das Urtheil des königlichen Ober-Appellationsgerichtes vom 17. März, verkündet am 26. April 1824, ging dahin, daß der Beklagte hinsichtlich der Klage und Widerklage in den vorigen Stand wiedereingesezt sei, daß aber von diesem Gerichtshofe in die Hauptsache nicht eingegangen werden könne, bevor darüber in den unteren Instanzen erkannt sein würde *). Es sezt dieses voraus, daß das königliche Ober-Appellationsgericht annahm, in den Vorinstanzen seien mit Ertheilung der Wiedereinsezung die vorigen in der Hauptsache ergangenen Urtheile nicht stillschweigend erneuert worden, sondern die Untergerichte hätten mit der Wiedereinsezung ausdrücklich ihren Ausspruch in der Hauptsache verbinden oder nachträglich erlassen, und des Klägers Berufung gegen die ertheilte Wiedereinsezung zu den Akten legen sollen **).

Am 29. August 1825 wurde ein zweites untergerichtliches Endurtheil verkündet, welches seinem Inhalte nach ganz dem am 3. Juli 1821 eröffneten stadtgerichtlichen Urtheile gleicht. Dagegen appellirten wieder beide Theile, und der Kläger verlangte wieder, es solle dem Untergerichte aufgegeben werden, vor Allem und vorbehaltlich weiterer Berufung auch über die Widerklage zu erkennen. Das königliche Appellationsgericht erneuerte durch Erkenntniß vom 17. Februar, verkündet am 9. März 1826, sein Urtheil vom Jahre 1822. Der Kläger legte wieder die

*) Gönner a. a. O. S. 288 — 290.

**) Es leidet keinen Zweifel, daß das Untergericht durch sein unvollständiges Erkenntniß und sein nachlässiges Schweigen über die Hauptsache zu diesen bösen Verwicklungen die Veranlassung gab. S.

Berufung an das königliche Ober-Appellationsgericht ein, und verband damit die Bitte um die Ordination, daß, wenn in den Unterinstanzen etwa über die Klage noch einmal zu erkennen wäre, damit das Urtheil über die Widerklage verbunden werden solle. Das oberappellationsgerichtliche Erkenntniß vom 22. Dezember 1826, verkündet am 24. Jäner 1827, bestätigte das stadtgerichtliche Urtheil vom 12., verkündet am 29. August 1825, wodurch der Kläger zum Reinigungseide gelassen worden war. Dabei ordnete das königliche Ober-Appellationsgericht an, daß nach geleistetem Reinigungseide von Seite des Klägers das Untergericht sodann auch in Hinsicht jener Einreden, welche von dem Beklagten für den Fall, daß er als Käufer des Unschlitts erklärt werden sollte, vorgeschüzt worden waren, zu erkennen habe. Die Entscheidung über die Kosten erster Instanz blieb ausgesezt, jene der zweiten und dritten Instanz aber wurden verglichen.

So hatte nun der Prozeß über neun Jahre gedauert, und es war vorauszusehen, daß er noch zwei Jahre dauern würde*). Länger hätte er nicht währen können, wenn er nach den alten Prozeßgesezen im ordentlichen Weisungsverfahren geführt worden wäre, wenn der Beklagte respondirt, wenn die Richter aller Instanzen über die Relevanz der Artikel, dann über die Klage und zulezt über die Widerklage nacheinander erkannt hätten, und wenn ein Additional-Beweis des Beklagten einen Zeitverlust von zwei ganzen Jahren verursacht haben würde. Durch die Anwendung des prozeßkürzenden Gesezes vom 22. Juli 1819 hat also dieser Prozeß nichts gewonnen. Er hätte aber durch dessen Anwendung um sehr viel — vielleicht um vier bis fünf Jahre — verkürzt werden können, wenn es im Geiste der Prozeßgeseze und insbesondere des Gesezes vom 22. Juli 1819 lag, daß das Stadtgericht nicht über die Anwendung des lezteren hätte anfragen, daß es

*) Gedanken über den Entwurf einer Prozeß-Ordnung für Baiern von 1825. (Straubing 1827 bei Schorner.) S. 121—133.

sogleich auf Desertion des Beweises und sofort in der Hauptsache hätte sprechen, daß eine gegen Ertheilung der Wiedereinsezung ergriffene Berufung für unselbständig hätte erklären, und daß es endlich mit dem Urtheile über die Klage das Urtheil über die Widerklage und mit dem Ausspruche über die Wiedereinsezung sein Urtheil in der Hauptsache hätte verbinden, oder auch daß das Ober-Appellationsgericht, weil die Wiedereinsezungsgründe schon instruirt in den Akten lagen, und nur ein ausdrückliches Gesuch des Beklagten um Wiedereinsezung abging, ferner weil etwa schon stillschweigend mit Ertheilung der Wiedereinsezung die früheren Erkenntnisse der Vorinstanzen in der Hauptsache erneuert waren, über die Wiedereinsezung und zugleich in der Hauptsache über die Widerklage hätte aburtheilen sollen.

§. 3.

Der Beklagte kann den Beweis, daß er unbrauchbares Unschlitt bekommen habe, nicht stellen, wird aber vom Ersaze der Zinsen und Prozeßkosten losgesprochen.

Bisher hatte sich dieser Prozeß durch eine lange Dauer ausgezeichnet, von jezt an wird er aber interessanter wegen zwei Rechtsfragen, von denen die eine bisher selten und wenig vollständig erörtert worden ist, während die zweite, ungeachtet ihrer oftmaligen und vollständigen Erörterung, durch die neue Theorie von der Gleichheit der Gerichte zweifelhaft und wankend gemacht werden will.

Dem oberappellationsgerichtlichen Urtheile zufolge hatte M. am 15. März 1827 den Reinigungseid geleistet, und schon am 29. März nämlichen Jahres wurde das erstrichterliche Urtheil verkündet, welches dahin ausfiel: „H. sei Käufer des Unschlitts, und habe daher nebst den bezahlten 750 Gulden noch 775 Gulden $26\frac{2}{7}$ Kr. sammt den fünfprozentigen Verzugszinsen seit der Uebernahme des Unschlitts, nämlich seit dem 23. November 1817, und eben so alle Kosten des Streites zu bezahlen.“ Da das königs

liche Appellationsgericht die Hauptentscheidungsgründe selbst wieder aufgestellt hat; so ist es nicht nöthig, hier die Entscheidungsgründe des Untergerichtes vollständig anzuführen; nur rücksichtlich der Zinsen und Kosten mag hier die Bemerkung an ihrem Plaze stehen, daß das königliche Stadtgericht sein Urtheil darauf gründete, daß H. baare Zahlung versprochen, und M. seit so geraumer Zeit die Zinsen von dem Kaufschillingsreste entbehrt habe, dann daß H. als völlig unterliegender Theil zum Kostenersaze verbunden sei.

Gegen dieses Urtheil legte H. die Berufung ein, und am 20. September 1827 wurde nachstehendes Urtheil zweiter Instanz mit Entscheidungsgründen verkündet:

„Im Namen Seiner königlichen Majestät von Baiern

„erkennt das königliche Appellationsgericht für den N. Kreis in Sache des M. Klägers und Appellaten, gegen H. Beklagten und Appellanten, wegen Unschlittkaufes, zum Theile bestätigend, zum Theile abändernd das Erkenntniß des königlichen Kreis- und Stadtgerichtes Str. vom 23., verkündet am 29. März d. J., zu Recht:

„A) bestätigend im Punkte 2 desselben: daß H. an den M. für erkauftes Unschlitt nebst bereits bezahlten 750 Gulden noch 775 Gulden $26\frac{2}{5}$ Kr. zu bezahlen habe;

„B) abändernd,

„1) in eben demselben Punkte: daß H. von den von diesem Kaufschillingsreste geforderten Verzugszinsen zu entbinden sei;

„2) in dem Punkte 3 des erstrichterlichen Erkenntnisses: daß sämmtliche auf diesen Prozeß erlaufene gerichtliche und außergerichtliche Kosten, soweit sie nicht schon im Laufe desselben abgeurtheilt worden, zu vergleichen seien.

„Die Kosten der zweiten Instanz seien gleichfalls zu vergleichen."

Entscheidungsgründe.

„Zu A.) Es steht nunmehr fest, daß H. selbst, und nicht sein Schwager, der bürgerliche Seifensieder N. in M. der Käufer des von dem M. im November 1817 erkauften Unschlittes sei, und gegenwärtig ist daher nur der Beweis zu prüfen, welcher dem Beklagten über seine zweifache Einrede gegen die Beschaffenheit des erkauften Unschlittes rechtskräftig auferlegt wurde, in welcher Beziehung der von ihm zu beweisende Saz dahin lautete: daß das von M. gelieferte Unschlitt ganz oder zum Theile unbrauchbar sei.

„Die erste Alternative dieses Sazes steht nämlich mit der von H. einredeweise entgegengesezten actio redhibitoria, die leztere mit der subsidiär und gleichfalls einredeweise gehäuften ästimatorischen Klage oder actio quanti minoris in Wechselverbindung, welcher einredeweise Gebrauch nach dem Landrechte Th. 4. Kap. 3. §. 19. Anmerk. z. a. O. Nr. 1. lit. h. dann Kap. 13. §. 5. Anmerk. Nr. 2. lit. c. und nach der Gerichtsordnung Kap. 6. §. 5. Anmerk. lit. a. eben so gut, als die subsidiäre Häufung nach dem Landrechte Th. 4. Kap. 3. §. 23. Anmerk. Nr. 4 und 11. lit. e. Statt finden konnte. Es wäre zwar freilich die erstere dieser Klagen oder Einreden nach dem Landrechte Kap. 6. §. 10. Anmerk. e. bereits verjährt gewesen, weil die actio redhibitoria in sechs Monaten vom Tage des Kaufes an erlöscht, und in dem gegenwärtigen Falle erst am 22. August 1818, also neun Monate nach dem Kaufabschlusse, angebracht worden war; allein nachdem einmal der Kläger M. das Beweiserkenntniß in Rechtskraft erwachsen ließ, so kann nunmehr auf jene Verjährung und die allenfalls darauf anzuwendende Gesezstelle der Gerichtsordnung Kap. 6. §. 9 nicht mehr Rücksicht genommen, sondern die Sache muß lediglich nach dem rechtskräftigen Beweissaze beurtheilt werden *). Aus dessen Rechtskraft

---

*) Vgl. hingegen Sartorius „über Beweiserkenntnisse" in den Jahrbüchern des gemeinen teutschen bürgerlichen Prozesses

muß die stillschweigende Verzichtleistung des M. auf seine Verjährungs-Einrede gefolgert werden, und Einreden, die einmal durch rechtskräftigen Verzicht vergeben sind, dürfen nach der Gerichtsordnung Kap. 6. §. 10 nicht mehr attendirt werden.

„H. wollte nun den ihm auferlegten Beweis durch Urkunden, Zeugen und den Erfüllungseid herstellen.

„Die beiden Zeugnisse der königlichen Polizeibehörde vom 19. Dezember 1817 und 23. Februar 1820 haben keine beweisende Kraft. Denn es handelt sich um die Eigenschaft des streitigen Unschlitts, dessen völlige Unbrauchbarkeit oder Werthlosigkeit durch dieselben bewiesen werden sollte. Diese Eigenschaft konnte aber nur durch Besichtigung ausgemittelt werden, und zu einer solchen Besichtigung müssen nach der Gerichtsordnung Kap. 12. §. 3. Nr. 1 ausdrücklich alle interessirten Theile beigezogen werden; ein einseitig vorgenommener Augenschein beweiset nichts. Im gegebenen Falle wurde nun nach Lage der Akten keiner der streitenden Theile zu jener Besichtigung oder jenem Augenscheine beigezogen; es kann sohin im Rechtswege dieser Handlung und den auf den Grund derselben ausgestellten polizeilichen Zeugnissen keine beweisende Kraft zukommen, und zwar um so weniger, als in den polizeilichen Verhandlungen die Sachverständigen nicht benannt sind, auch nicht vorkömmt, ob sie im Allgemeinen an ihre Pflichten erinnert oder ob sie besonders zu diesem Akte beeidigt wurden, dann ob sie nicht allenfalls einem der streitenden Theile verwandt oder mit besondern Pflichten zugethan seien.

„Aber auch durch die Zeugen S. und G. ist eben so wenig, als durch obige Zeugnisse und den Stadtwagschein von Str., die Eigenschaft des Unschlitts, am wenigsten aber die Identität des polizeilich untersuchten und des von Zeugen gesehenen mit dem m . . . . ischen, dargethan.

---

herausgeg. v. Frh. von Zu-Rhein. B. 1. H. 1. (Nürnberg b. Campe 1829.) S. 107 u. 108. S.

Denn da die Zeugen selbst nicht einmal die Fässernumern anzugeben vermogten, den Verkäufer des Unschlitts nur von ihrem Hausherrn N. erfuhren, von dem Tage der Ankunft des Unschlittes in M. bis zur Polizeiuntersuchung fast ein Monat verstrich, und also eine Auswechselung um so mehr möglich war, als auch von der Polizeibehörde das Gewicht der Fässer nicht erhoben wurde; — so kann man durchaus nicht mit rechtlicher Gewißheit sagen, daß die Identität des Unschlittes hergestellt sei; und bei diesem Umstande kömmt es auf die Aussagen über die Beschaffenheit desselben nicht mehr an, weil das Erstere in Bezug auf das Leztere eine Präjudizial-Frage bildet.

„Es mußte folglich das untergerichtliche Erkenntniß in dem Punkte, daß H. den Kaufschillingsrest für das Unschlitt bezahlen müsse, da es des mislungenen Beweises wegen als gut und brauchbar anzunehmen ist, bestätigt werden.

„Zu B. 1) Was dagegen die von M. geforderten Verzugszinsen von diesem Kaufschillingsreste betrifft, so muß man bei mangelnden näheren Bestimmungen des Landrechtes (Th. 2. Kap. 3. §. 21. und Anmerk. z. a. O.) nach der Natur der Sache und nach dem rechtlichen Begriffe des Verzuges zwischen Schuldnern, welche ohne einen rechtlichen Grund die Zahlung verzögern, und zwischen solchen unterscheiden, welche hinlängliche Gründe haben, damit zurückzuhalten. Es ist und bleibt nämlich ein uralter und von der Vernunft gewiß vollkommen gerechtfertigter Rechtsgrundsaz: „„Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere."" (L. 63. D. de reg. jur. — 50. 17. —) Nach jeder Erklärung dieser durchaus unzweideutigen Rechtsregel hat dieselbe keinen andern Sinn, als daß derjenige, welcher sich einer Schuldforderung wegen verklagen oder es überhaupt auf richterliche Entscheidung ankommen läßt, weil er wahrscheinlichen Grund hatte, die Richtigkeit der Forderung zu bezweifeln, nicht in die Strafen säumiger Zahler, worunter die Verzugszinsen gehören, verfalle.

Vgl. z. B. Everh. Bronchorst in titul. Digest. de reg. juris antiqui ennarationes z. a. O.

„Diese Rechtsregel, welche auch ohne Kommentar verständlich genug ist, steht mit L. 21. 22 u. 24. D. de usur. et fruct. (22. 1.) und L. 40. in fine D. de rebus creditis (12. 1.) in vollem Einklange. Da nun H., auf seine polizeilichen Zeugnisse und auf die Zeugenaussagen gestüzt, wohl wahrscheinlichen Grund für sich hatte, die Zahlung so lange zurückzuhalten, und die Schuldigkeit derselben zu bezweifeln, bis durch richterlichen Ausspruch darüber entschieden war; so kann auch keine ungerechte, arglistige Verweigerung der Zahlung angenommen, und folglich der Beklagte auch nicht, die Folgen des Verzuges zu tragen, angehalten werden.

„Zu B. 2) Die Vergleichung der in erster Instanz erlaufenen und noch nicht abgeurtheilten Kosten rechtfertigt sich aus der Gerichtsordnung Kap. 17. §. 4 und den Anmerk. z. a. O. lit. c. Nr. 3, wonach ein in jure vel facto sehr zweifelhafter und intrikater Fall (was gegenwärtige Streitsache gewiß und besonders in faktischer Beziehung ist) als ein gutes Behelf für den Unterliegenden und als Grund zur Kostenvergleichung erscheint, woran auch die Abschwörung des Reinigungseides durch M. nach eben angeführten Gesezen nichts ändern kann. Die Kosten der zweiten Instanz aber waren wegen theilweiser Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz zu vergleichen.

„Str. am 31. August 1827.

Königlich baierisches Appellationsgericht für den N.-Kreis."

rc. rc.

H. appellirte gegen dieses Urtheil an die dritte Instanz, und bat, zu erkennen, daß er von der gegentheiligen Klage entbunden und M. für schuldig erklärt werde, die empfangenen 750 Gulden ihm zurückzugeben, oder daß wenigstens M. angehalten werde, auch noch über die Beschaffenheit des Unschlittes den Reinigungseid abzuleisten.

Auch M. legte die Berufung an den obersten Gerichtshof ein, weil H. von Bezahlung der Zinsen und vom Ersaze der sämmtlichen Prozeßkosten entbunden worden war. Seine Berufung ist auf folgende Gründe gestüzt:

I) Rücksichtlich der Zinsen.

„1) Die Verbindlichkeit des H., Zinsen zu zahlen, gründet sich auf das Gesez (Landrecht Th. 4, Kap. 3. §. 14), und wenn gleich nach baierischem Rechte (Anmerk. zum Landrechte a. a. O. Nr. 2. lit. f.) der Käufer von Bezahlung der Zinsen insofern frei ist, „wenn er den Kaufschilling aus erheblichen Gründen, z. B. ob imminens evictionis periculum, oder obrigkeitlichen Verbotes oder Arrestes u. s. w. auf die Dauer einer solchen Hinderungsursache zurückhält;" so ist doch nicht die allgemeine Behauptung richtig, daß der Schuldner dann von Bezahlung der schuldigen Zinsen frei werde, wenn er, statt zu zahlen, seine Verbindlichkeit hierzu bestreitet, es auf einen Prozeß hierüber ankommen läßt, und in diesem unterliegt, jedoch nicht für einen muthwilligen Streiter erklärt wird. Denn:

„1) Diese allgemeine Behauptung widerstreitet allgemeinen Rechtsbegriffen; sie ist eine Aufforderung und Einladung an jeden Schuldner, über seine Zahlungsverbindlichkeit einen Prozeß anzufangen, Gründe für sich aufzusuchen, und abweichende Urtheile der Gerichte zu veranlassen. Die Zinsen sind (auch im vorliegenden Falle) eben so gut, als das Kapital, Gegenstand des Streites, und wenn der Umstand, ob der Beklagte einen annehmbaren Grund zum Prozesse gehabt habe, zur Erlassung der Zinsen berechtigt; so ist nicht abzusehen, warum der Richter dem Kläger, aus gleichem Grunde wegen Zweifelhaftigkeit von Recht und Unrecht, nicht auch einen Theil des Kapitals absprechen kann. Ein richterliches Urtheil spricht auch nie aus, was von nun an Recht sein soll, sondern was von jeher unter den Parteien Recht gewesen ist, und in dem vorliegenden Falle ist nicht erkannt worden, daß H. erst jezt Käufer des Unschlittes werde, sondern daß er es schon im

Jahre 1817 gewesen sei, damals brauchbares Unschlitt erhalten habe, und folglich schuldig gewesen sei, den Kaufpreis zu rechter Zeit zu bezahlen. Damit steht es aber im Widerspruche, wenn die Gerichte aussprechen wollen, er habe Recht daran gethan, daß er den Kaufschilling eilf Jahre und darüber zurückbehalten habe.

„2) Eben so läßt sich die obige allgemeine Behauptung nicht aus dem römischen Rechte, insbesondere nicht aus folgenden Stellen beweisen:

L. 63. D. de reg. jur. (50. 17.) „„Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.““

L. 21. D. de usuris et fruct. (22. 1.) „„Sciendum est, non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum; quid enim si debitor exceptionem aliquam alleget, mora facta non videtur.““

L. 24. eodem. „„Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si juste ad judicium provocavit.““

L. 40. D. de rebus creditis. (12. 1.) „„Non est in mora, a quo pecunia ob exceptionem peti non potest.““

„Der Sinn dieser Geseze ist kein anderer, als der, daß die Wirkungen des Verzugs aufhören, wenn der Erfüllung der Verbindlichkeit rechtliche Gründe entgegen treten *), oder wenn der Beklagte, wie Hofacker **) sagt, exceptiones habiles vorgebracht hat. Jene rechtlichen Gründe und diese exceptiones habiles sind aber keine anderen, als die Zahlungsverbindlichkeit aufschiebende, vom Beklagten besonders vorgeschüzte und rechtskräftig für gegründet erklärte Thatumstände und Einreden. Diese Thatumstände und Einreden sind dilatorischer Natur. Denn es wird vorausgesezt, daß der Schuldner zulezt unterliegt,

---

*) Thibaut Pand. Recht. Th. 1. §. 104. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. Th. 1. §. 449.

**) Principia juris civil. vol. 3. §. 1830.

und Zahlung leisten muß, seine Befreiung von den Zinsen dauert nur so lange, als er, nach dem erfolgten Urtheile über seine Einreden, an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert war. Mit dem Wegfallen dieser Hindernisse fängt seine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung wieder an. Jene Thatumstände und Einreden müssen aber von dem Richter nicht etwa für annehmbare (probable) Vertheidigungsgründe, sondern sie müssen für vollkommen begründet befunden und anerkannt worden sein. So ist z. B. der Schuldner von der Zinsenzahlung befreit, wenn der Kläger nicht zur Sache legitimirt ist, und bis er sich nach dem Urtheile des Richters gehörig legitimirt hat, wenn dem Käufer die Gefahr der Eviktion droht, und der Richter auf Wiederspruch des Verkäufers diese Gefahr für bewiesen erklärt. Eben so kann auch die vom Beklagten angebrachte und in Wahrheit gegründete Thatsache: „„er versire in facto alieno, und wisse nicht, ob die Forderung Bestand habe, und wie viel sie betrage;““ zu dessen Entbindung von den Verzugszinsen führen *), aber nicht das erst durch die gegen den rechtlichen Bestand der Forderung selbst aufgebrachten Einreden entstandene Zweifeln des Beklagten, ob und wozu ihn der Richter bei diesen Einreden verurtheilen werde **). Daß aber die obige allgemeine Behauptung nicht aus den angeführten Stellen bewiesen werden kann, beweisen folgende Geseze:

L. 24. D. de usur. et fruct. (22. 1.) in den Worten: „„Utique si juste ad judicium provocavit.““

L. 22. eodem. „„Si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.

L. 5. D. de rebus creditis. (12. 1.) „„Si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.““

„So

*) L. 99. D. de reg. juris. (50. 17.)

**) Stryk diss. de purgat. morae c. 3. n. 35.

„So beiläufig haben auch Rechtsgelehrte alter und neuer Zeit diese Geseze erklärt. Bartolus glossirt die L. 21. D. de usur. et fruct. (22. 1.): „„Qui differt solutionem ex justa causa, non committit moram, secus si ex ficta.““ Eben so meint Voet *) und am ausführlichsten zeigt es G. von Widmont (ehemals Professor in Ingolstadt). **)

„3) Endlich paßt auch die obige Behauptung gar nicht auf den vorliegenden Fall. Denn wie in den appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen sehr schön gezeigt wurde, hat H. in seinen polizeilichen Zeugnissen und in den Aussagen seiner Zeugen keinen annehmbaren Grund für sich gehabt, dem M. das Geld bis zur endlichen Entscheidung vorzuenthalten, vielmehr wird Jedermann, der jene Gründe gelesen hat, sich für überzeugt halten, daß es eine unbegreifliche Vermessenheit des H. war, auf den Grund jener Zeugnisse und Zeugenaussagen einen Prozeß anzufangen."

II) Rücksichtlich der Prozeßkosten.

„Die Vergleichung aller Kosten ist nicht gerecht. Wenn sich auch jene, welche über die Klage entstanden sind, zur Vergleichung eignen, so ist dieses doch nicht der Fall in Ansehung derjenigen, welche sich der Widerklage wegen ergeben haben. Das Thatverhältniß sowohl, als die Rechtsfrage sind höchst einfach. Es fragt sich nur, ob H. den Beweis der Unbrauchbarkeit des Unschlitts geliefert hat oder nicht? Endlich ist auch die Achtung für unterrichterliche Urtheile zu weit getrieben, wenn man blos deßwegen, weil abweichende Erkenntnisse erfolgt sind, die Kosten, ohne spätere Prüfung der unterrichterlichen Sprüche, vergleichen will, was A. D. Weber in seinem Werke über Prozeßkosten (Hannover 1811) überhaupt und insbesondere S. 110 unwiderleglich bewiesen hat."

*) Comment. ad Pand. lib. 22. tit. 1. n. 22.

**) Comment. in Dig. p. 4. ad lib. 22. tit. 1. n. 298.

Das oberstrichterliche, am 4. März 1829 verkündete Urtheil, welches diesem langen Prozesse ein Ende machte, lautet, wie folgt:

„Seine königliche Majestät

„erkennen in Sache des M. gegen H. wegen eines Unschlittkaufes zu Recht, und bestätigen das Erkenntniß des königlichen Appellationsgerichtes für den N. Kreis vom 31. August und eröffnet am 20. September 1827, mit Vergleichung der Kosten dieser Instanz und Verurtheilung eines Jeden der beiden Revidenten in eine Succumbenztaxe von sechs Thalern.

Entscheidungsgründe.

„Mit Beziehung auf die [illegible] Erkenntnisse der vorigen Instanz nachgesezten Gründe wird hier noch Folgendes beigefügt:

„I) Der Beklagte hatte zu beweisen: daß das von M. gelieferte Unschlitt ganz oder zum Theile unbrauchbar gewesen sei. Da der Beklagte rechtskräftig für den Käufer erklärt worden ist, so kömmt es zunächst darauf an, ob dasjenige Unschlitt, welches der Beklagte, der nach seinem eigenen Bekenntnisse die Versendung des erkauften Unschlitts an den Seifensieder N. übernommen hatte, von dem Kläger empfing, unbrauchbar gewesen sei. Der Beweis der Unbrauchbarkeit des später von dem Seifensieder N. der königlichen Polizeibehörde angezeigten Unschlitts würde nur insoferne einen erheblichen Einfluß äussern können, als zugleich die Identität desselben mit dem Kaufgegenstande nachgewiesen wäre.

„In ersterer Beziehung hat nun zwar die Gattin des Beklagten die aufgestellten Weisungsäze bestätigt, ihre Aussage ist jedoch von keinem Gewichte, da sie wegen der in vorliegender Sache geleisteten Kaution als unmittelbar bei dem Streite betheiligt erscheint. Dagegen bewähren die Aussagen der Zeugen O. B. und T., daß die bei dem Einfassen des Unschlittes zugegen gewesene Anna H. gegen

die Beschaffenheit desselben keine erhebliche Erinnerung gemacht, sondern vielmehr beide H . . . ische Ehegatten dasselbe gelobt haben. Da nach den Angaben eben dieser Zeugen die genannten Ehegatten bei dem Einfassen des Unschlittes abwechslungsweise stets zugegen waren, so konnte ohne ihr Wissen von Seite des Klägers weder ein Austausch noch eine Vermischung Statt haben, und es wäre vielmehr die Sache des Beklagten gewesen, einen Sachverständigen beizuziehen, wenn er sich oder seiner Gattin die erforderlichen Kenntnisse dießfalls nicht zugetraut haben sollte.

„Dadurch nun, daß H. dieses Unschlitt annahm, und an den Seifensieder N. versendete, hat derselbe die Brauchbarkeit desselben von seiner Seite, wenigstens faktisch, anerkannt, und da nur er allein als Käufer zu betrachten ist, so kann es auch darauf nicht mehr ankommen, ob der Seifensieder N. gleichfalls dasselbe annehmbar gefunden habe. Zudem wird die Vermuthung, daß das zu Str. eingefaßte Unschlitt von brauchbarer Beschaffenheit gewesen sei, auch noch dadurch bestärkt, daß nach der Aussage eines einredefreien Zeugen der Kläger sich damals allerdings im Besiz eines guten und schönen Unschlittes befunden hat; und da es der Seifensieder N. war, welcher den H. zu dem Ankaufe des Unschlittes beauftragt hatte, und welchem nach den an H. geschriebenen Briefen an dem Kaufe gelegen gewesen zu sein schien, während M. noch nach geschlossenem Kaufe das Daraufgeld zurückgeben wollte; so ist auch nicht anzunehmen, daß Lezterer dieses Geschäft blos dazu habe benüzen wollen, um sich einen widerrechtlichen Gewinn zu verschaffen.

„Was nun den weiteren Beweis des Umstandes betrifft, daß das in M. angekommene, so wie das nachher von der königlichen Polizeibehörde untersuchte Unschlitt von schlechter Beschaffenheit gewesen sei, so fehlt es hier hauptsächlich an der gehörigen Nachweisung der Identität dieses Unschlittes mit dem Kaufgegenstande.

„Die keineswegs ganz einredefreien Zeugen G. und S. haben zwar bestätigt, daß das Unschlitt, welches bei

dem Seifensieder N. angekommen war, von schlechter Beschaffenheit gewesen sei; allein sie konnten dieses in Hinsicht der ganzen Lieferung um so weniger aus eigener Wahrnehmung bekräftigen, als nach den polizeilichen Zeugnissen nur eines von den Fässern sich geöffnet zeigte. Zudem erfuhren diese Zeugen nur aus dem Munde des Seifensieders N., daß das Unschlitt von Str. nach M. gebracht worden sei, und da mit dem von H. erkauften Unschlitte zugleich noch anders abgesendet wurde, so würde sich selbst dann, wenn die Identität dieses Unschlittes mit demjenigen, welches den Zeugen zu Gesicht kam, außer Zweifel gesezt wäre, noch nicht mit Zuverlässigkeit folgern lassen, daß das von den Zeugen für unbrauchbare Waare erklärte Unschlitt auch eben dasselbe sei, welches von M. an H. verkauft worden war.

„Von Seite der königlichen Polizeibehörde wurde gleichfalls die Unbrauchbarkeit des Unschlittes bezeugt, dieses Zeugniß kann jedoch eben so wenig zur Herstellung des dem Beklagten auferlegten Beweises zureichen. Für die Identität des Unschlittes spricht blos die Gleichheit der Numern, mit welchen die Fässer bezeichnet waren; es ist aber hiergegen zu erwägen, daß diese polizeiliche Besichtigung schon überhaupt den für Civil-Rechtsachen gegebnen gesezlichen Vorschriften nicht entspricht, wie bereits in den Gründen des zweitrichterlichen Erkenntnisses erörtert wurde.

„Da nun der Beklagte den ihm auferlegten Beweis so wenig geliefert hat, so kann auch von dessen Zulassung zum Erfüllungseide nicht die Sprache sein, wozu sich die Sache ohnehin nicht eignen würde, da derselbe über die Identität des bei der königlichen Polizeibehörde untersuchten Unschlitts mit dem Kaufgegenstande nicht aus eigner Wahrnehmung schwören könnte, und von ihm auch in den früheren Streitschriften selbst zugegeben wurde, daß es ihm an den zur Beurtheilung der Beschaffenheit des fraglichen Gegenstandes nöthigen Kenntnissen fehle.

„Eben so wenig lag aber ein zureichender Grund vor, den Kläger vorerst noch zur Ablegung des Reinigungs-

eides anzuhalten, besonders da der Beklagte in Beziehung auf die angeblich schlechte Beschaffenheit des zu Str. gefaßten Unschlittes — außer der unerheblichen Aussage seiner Gattin — nichts bewiesen, vielmehr der Kläger doch immerhin so viel dargethan hat, daß die H. . . . ischen Ehegatten damit zufrieden waren.

„Bei nicht hergestelltem Beweise ergibt sich die Folge von selbst, daß der Beklagte, als Käufer, auch den Kaufschilling vollständig zu bezahlen und sohin den hiervon noch bestehenden Rest dem Kläger zu entrichten hat.

„II) Dagegen konnte der Beklagte nicht angehalten werden, von diesem Kaufschillingsreste seit dem Zeitpunkte der geschehenen Auslieferung des Unschlittes auch die Zinsen zu bezahlen. Es ist zwar richtig, daß in der Regel bei dem Kaufe der Verzug schon durch Kraft des Gesezes von der Zeit an eintritt, wo die Auslieferung geschah, ohne daß es eines besondern Antrages oder einer Betreibung bedarf; indessen kann doch diese Regel in solchen Fällen nicht zur Anwendung kommen, wo von einem Verzuge oder einer Saumseligkeit auf Seite des Käufers überhaupt keine Rede sein kann. Nur der widerrechtliche Aufschub einer obliegenden Verbindlichkeit kann für einen Verzug im eigentlichen Sinne des Gesezes angenommen werden, womit auch die Anmerkungen zum Landrechte Th. 4. Kap. 3. §. 14. Nr. 2. f. übereinstimmen. Nun kann aber dem H. nach Lage der Akten ein solcher widerrechtlicher Aufschub keineswegs zur Last gelegt werden, vielmehr ergeben die Akten, daß der fragliche Streit auch durch die Schuld des Klägers bedeutend verzögert wurde *), daher kann der Beklagte in keinem Falle ver-

---

*) Wie dies geschehen sei, sagt das königliche Ober-Appellationsgericht nicht. Vielleicht meinte es, M. sollte nach dem 4. Juli 1822, als dieser höchste Gerichtshof auf Desertion des gegnerischen Beweises erkannt hatte, sogleich erklärt haben, er gestatte dem H. die Wiedereinsezung in den vorigen Stand; denn so hätten die Unter-Instanzen ohne Verzug

bunden sein, auch für die ganze Dauer des Streites die Zinsen zu bezahlen.

„III) Hieraus folgt auch von selbst, daß die Kosten dieses Streites, so weit hierüber nicht schon rechtskräftige Aussprüche vorliegen, verglichen werden müssen, und zwar um so mehr, als der Beklagte allerdings redliche Ursache zum Streite hatte, auch mehrere obsiegliche Urtheile hierin erhielt, und der Prozeß vorzüglich durch unrichtige Deutung der eben damals zur Gesezeskraft gelangten Prozeßnovelle vom 22. Juli 1819 verzögert wurde.

„München am 27. Jäner 1829.

„Ober-Appellationsgericht des Königreichs Baiern.“

&c. &c.

---

definitiv über die Widerklage aburtheilen können, oder, weil sie dies am 3. Juli 1821 und 23. Jäner 1822 schon gethan hatten, hätte das königliche Ober-Appellationsgericht wenigstens am 17. März 1824 das definitive Urtheil fällen können, welches erst am 22. Dezember 1826 erlassen und am 24. Jäner 1827 verkündet worden sei; deßwegen falle der Zeitverlust vom 4. Juli 1822 bis zum 24. Jäner 1827 dem M. zur Last. Es steht aber entgegen: a) daß M. nicht verbunden war, die Wiedereinsezung sogleich zuzugeben, b) daß die Unter-Instanzen am 23. Februar und 24. Mai 1823 mit ihren Urtheilen über die Wiedereinsezung zugleich ihre Urtheile in der Hauptsache hätte verbinden können, endlich c) daß das königliche Ober-Appellationsgericht, wenn sie stillschweigend damit verbunden waren, nicht gehindert war, am 17. März 1824 definitiv über die Widerklage, wie am 22. Dezember 1826, zu erkennen.

XV.

Erlöschende Verjährung eines Klagerechtes, — Vermuthung der Zahlung wegen langen Wartens, — Werth eines gerichtlichen Zeugnisses bei entgegenstehenden Behelfen.

Von

Dr. Nibler,

k. Appellationsgerichts-Advokaten in Straubing.

---

§. 1.

In dem gegenwärtigen Rechtsfalle kommen folgende Fragen zur Sprache:

I) Inwieferne wird die Verjährung einer Forderung durch ein thatsächliches Hinderniß *) unterbrochen, oder ist auch derjenige für verhindert zu halten, der zwar nicht auf eignen Namen und für sich selbst wirksam klagen, aber doch den Schuldner außergerichtlich mahnen und zu dem Ende Klage stellen konnte, daß die Schuld zur gerichtlichen Hinterlegung eingezahlt wurde?

II) Muß der Schuldner gestorben sein, wenn aus langer Nichtforderung die Vermuthung der Zahlung entstehen soll **)?

---

*) Impedimentum facti. Anmerk. über d. Cod. civ. Th. II. Kap. 4 §. VIII. Nr. 4. e.

**) Cod. civ. Th. IV. Kap. 14. §. 13. Nr. 6.

III) Kann einem gerichtlichen Zeugnisse dann noch Glaube geschenkt werden, wenn einmal bewiesen ist, daß es zum Theil Unwahres enthalte, und kann in diesem Falle der Partei die Bitte abgeschlagen werden, daß das urtheilende Gericht von demjenigen, welches das Zeugniß ausgestellt hat, die einschlägigen Akten abfordern und diese adhibiren möge?

§. 2.

J. B. klagte am 14. November 1828, als einziger Erbe seines Vaters, des ehemaligen Regierungs-Advokaten und nachherigen Bürgermeisters B., gegen den Herrn Gr. v. P. auf Deserviten und Auslagen aus der Zeit vom 22. April 1796 bis zum 26. Jäner 1799, und stellte dabei seine große Dürftigkeit vor.

Die Vernehmlassung des Beklagten lautet, wie folgt:

„Die Klage des J. B. auf Deserviten und Auslagen, welche ich seinem Vater für die Jahre 1796 bis 1799 schuldig geblieben sein soll, hat mich in Erstaunen gesezt. Denn wenn ich glauben will, daß sein Vater in seinem Deservitenbuche oder in sonstigen Papieren die Zahlung der Deserviten für obige Jahre nicht angemerkt haben sollte, so begreife ich doch nicht, wie man nach Verfluß einer so langen Zeit und unter den vorliegenden Umständen wagen kann, deßwegen eine gerichtliche Klage zu stellen. Da die Klage vom 13. November 1828 datirt und am darauf folgenden Tage eingereicht worden ist, so mußte der Kläger selbst wissen, daß damals alle Ansäze vom 22. April 1796 bis zum 31. Juli 1799 bereits verjährt waren, und was die späteren Posten betrifft, so mußte er einsehen, daß ich seinen Vater auf das erste Verlangen jederzeit zu bezahlen fähig und Willens war, daß sein Vater bei Niederlegung der Advokatie gewiß seine Parteien hiervon und von dem Betrage seiner Deserviten-Reste in Kenntniß gesezt hat, daß er nach Niederlegung der Advokatie noch zwölf Jahre (bis 1811) gelebt und hinlänglich Zeit

gehabt hat, seine Aussenstände einzukassiren, endlich daß, nachdem der Kläger selbst seit dem Tode seines Vaters wieder $17\frac{3}{4}$ Jahre verstreichen ließ, ohne eine solche Forderung gegen mich anzuregen, und er doch schon wenigstens seit zwölf bis vierzehn Jahren nicht nur 134 fl. 18 Kr. sondern selbst den kleinen Betrag von 17 fl. 16 Kr. so nothwendig gebraucht hätte, als jezt nach Verlauf von $29\frac{3}{4}$ Jahren (seit der lezten Arbeit seines Vaters), keine Klage mehr mit Wirkung gegen mich angestellt werden kann. Ich bitte, das königliche Appellationsgericht möge mich theils auf den Grund der Verjährung theils des allzu langen Anstandes, woraus die Zahlung gesezlich vermuthet wird, von der Klage entbinden."

§. 3.

Der Kläger replizirte:

„Von 1799 bis 1811 ist mein Vater durch seine Amtsgeschäfte, welche der Krieg sehr vermehrte, gehindert gewesen, seine Privatgeschäfte in Ordnung zu bringen, und im Jahre 1811, als er Hand daran legen wollte, hat ihn am 7. März der Tod übereilt. Hierauf wurde an den Nachlaß desselben die gerichtliche Obsignatur angelegt, und nach deren Abnahme wurden mir die Deserviten-Bücher meines Vaters zur Sicherung verschiedener Ansprüche und insbesondere der allenfallsigen Amtshaftungen meines Vaters entzogen und erst vor $\frac{3}{4}$ Jahren zurückgestellt. Zum Beweise dieses Vorbringens lege ich ein Zeugniß des königlichen Kreis- und Stadtgerichtes Straubing vom 5. Dezember 1828 vor, und bestehe somit auf meiner Klage."

Dieses Zeugniß lautet so:

„Straubing am 5. Dezember 1828.

„Das königliche Kreis- und Stadtgericht Straubing bezeugt dem J. B. auf gestelltes schriftliches motivirtes Ansuchen vom 20. präs. am 29. November d. J., daß demselben die von der Hand seines Vaters geführten Deserviten-Bücher erst vor $\frac{3}{4}$ Jahren zu Handen gestellt werden konnten, und er sofort an der früheren Verfolgung

und Beitreibung der Deserviten-Rückstände seines Vaters gehindert war.

„Königliches Kreis- und Stadtgericht
Straubing.

(Siegel.)

Pracher, Direktor.
Wunderl.“

§. 4.

Die Duplik des Beklagten heißt:

„Der Klage des J. B. habe ich theils die Einrede der Verjährung, theils die Einrede des langen Anstandes und der dadurch nach den vorliegenden Umständen und den beiderseitigen Verhältnissen begründeten Vermuthung der Zahlung entgegengesezt; denn ich kann nicht schuldig sein, dreißig Jahre lang meine Quittungen und saldirten Conti aufzubewahren, und bin gewohnt, die Rechnungen meiner Rechtsanwälte alle Jahre zu bezahlen, und niemals Aussenstände von mehreren Jahren zusammenkommen zu lassen, was alle meine Anwälte bezeugen können.

„J. B. replizirte dagegen: sein Vater sei von 1799 bis 1811 durch seine Amtsgeschäfte verhindert gewesen, seine Privat-Angelegenheiten in Ordnung zu bringen. Daß sein seliger Vater seine Privatsachen nicht in Ordnung brachte, ersehe ich daraus, daß er die von mir geleistete Zahlung in seinen Papieren nicht vorgemerkt haben soll; daß er aber seine Deserviten-Aussenstände nicht habe beitreiben können, widerspreche ich; denn dies hätte er durch jeden simplen Schreiber besorgen lassen können, wenn er selbst nicht Zeit dazu gehabt hätte, was aber doch in den Friedensjahren, z. B. von 1802 bis 1805, der Fall war.

„Der Kläger replizirte ferner: er selbst habe die Deserviten-Bücher seines Vaters erst vor $\frac{3}{4}$ Jahren vom königlichen Kreis- und Stadtgerichte Straubing, wo sie bis dorthin gelegen, zurückerhalten, und sei also seit 1811, wie das königliche Kreis- und Stadtgericht am 5. De-

zember 1828 bezeugt habe, an der Beitreibung der Deserviten-Rückstände verhindert gewesen. Ich will glauben, daß dem Kläger die Deserviten-Bücher (er sagt nicht, wann) gerichtlich abgenommen und ihm erst vor ¾ Jahren zurückgegeben worden sind; allein ich stelle in Abrede, daß der Kläger gehindert war, vor und während der gerichtlichen Hinterlegung diese Bücher einzusehen, Auszüge zu fertigen, und die Aussenstände zum Zwecke der gleichmäßigen Hinterlegung derselben bei Gericht einzuklagen, oder zu beantragen, daß während der Dauer der Rechnungsprozesse ein Streitkurator bestellt werde, und dieser die Aussenstände einzuklagen habe, damit sie nicht zulezt für den obsiegenden Theil — den J. B. oder die von seinem Vater verwalteten Aemter — durch erlöschende Verjährung verloren gingen. Beides hat J. B. unterlassen, also trägt er die Folgen, und ich wiederhole meine in der Vernehmlassung gestellte Bitte."

§. 5.

Es erfolgte hierauf folgendes Erkenntniß:

Im Namen Seiner königlichen Majestät von Baiern

erkennt das königliche Appellationsgericht für den Unter-Donaukreis in Sache des J. B. zu Straubing gegen den Herrn Gr. v. P. wegen einer Forderung zu Recht:

der Herr Beklagte habe binnen dreißig Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen, daß die eingeklagten Deserviten und Auslagen bereits bezahlt seien;

mit Aussezung der Entscheidung über die Kosten.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger fordert von dem Herrn Beklagten Deserviten und Auslagen, welche derselbe seinem verlebten Vater, dem Regierungs-Advokaten und nachmaligen Bürgermeister B. zu Straubing, in mehreren für ihn vom 22. April 1796 bis zum 26. Jäner 1799 besorgten Angelegenheiten schuldig geworden sein soll. Der Herr Be-

klagte widerspricht nicht, den angesezten Betrag schuldig geworden zu sein, sondern sezt der Klageforderung nur die zwei Einreden der Verjährung und der Zahlung entgegen.

Was nun die Einrede der Verjährung betrifft, so ist dieselbe ohne Grund. Der Herr Beklagte hat selbst theils ausdrücklich, theils stillschweigend zugestanden, daß die Deserviten-Bücher des Vaters des Klägers seit dem Tode desselben im Jahre 1811 bis zum Jahre 1828 in gerichtliche Verwahrung genommen gewesen seien, und daß der Kläger sie erst im lezten Jahre zurückerhalten habe. Da nun Lezterer ohne die Bücher die Aussenstände der Deserviten und die Gläubiger nicht wissen und daher jene nicht einklagen konnte, so lief ihm nach dem Rechtsaze: agere non valenti non currit praescriptio, in der Zeitfrist von 1811 bis 1828 keine Verjährung, und rechnet man von der Zeit, welche selbst seit dem ersten am 22. April 1796 angefallenen Deservite bis zu der am 14. November 1828 eingereichten Klage mit 32 Jahren verstrichen ist, die obigen 17 Jahre, in welchen der Lauf der Verjährung gehemmt war, ab, so ist selbst in Ansehung des ältesten Forderungs-Postens keine Verjährung mehr vorhanden. Der Herr Beklagte glaubt zwar, daß dem Kläger, ungeachtet der gerichtlichen Beschlagnahme der Bücher, doch noch immer eine die Verjährung der Klage begründende Nachlässigkeit zur Last falle, weil er nicht gehindert gewesen sei, die Bücher bei Gericht einzusehen, die Aussenstände auszuziehen, und sie zum Zwecke gerichtlicher Hinterlegung beizutreiben, oder die Bestellung eines Streitkurators zum Behufe der Einklagung derselben zu veranlassen; allein deßhalb kann eine Nachlässigkeit des Klägers nicht angenommen werden. Das Gericht hatte, wie der Herr Beklagte selbst zugibt, die Deserviten-Bücher wegen der Haftungen des verlebten B. aus seinem amtlichen Rechnungswesen in Beschlag genommen; dasselbe konnte und mußte sich aus diesen Büchern überzeugen, daß unter den Deserviten Aussenstände waren, welche durch den Verlauf der Zeit immer schwieriger beizutreiben und endlich ganz verloren sein würden, eben da-

her wäre es Pflicht des Gerichtes gewesen, für die gehörige Verwaltung dieser Aussenstände zu sorgen, und für ihre Einklagung und Beitreibung einen Kurator zu bestellen. Da die Bestellung einer Kuratel überall von Amtswegen eintritt, so bedurfte es hierzu keines Antrags des Klägers. Wenn daher die Kuratel-Bestellung und die rechtzeitige Beitreibung nicht geschehen sind, so war dies nicht Folge einer Nachlässigkeit des Klägers sondern des Gerichtes, welches etwas zur Verwaltung Geeignetes so lange in seiner Verwahrung behielt, ohne die nöthige Verwaltung zu bestellen.

Dazu kömmt noch, daß nicht anzunehmen ist, der Kläger habe früher, ehe ihm die Deservitten-Bücher vom Gerichte ausgehändigt wurden, Kenntniß gehabt, daß in ihnen Aussenstände, insbesondere bei dem Beklagten, enthalten seien; denn der Beklagte behauptet dieses selbst nicht, und es ist auch um so unwahrscheinlicher, als der Kläger in einer fremden Handlung befangen war, und überdies zugegeben ist, daß die Bücher unmittelbar nach dem Tode seines Vaters bei der Obsignirung in gerichtliche Verwahrung gekommen sind. Ohne diese Kenntniß konnte aber der Kläger bei Gericht keinen Antrag auf Beitreibung der Aussenstände, selbst oder durch einen Streitkurator, stellen.

Was weiter die Einrede der Zahlung betrifft, so glaubt der Herr Beklagte, dieselbe müsse aus der gesezlichen Vermuthung, welche aus dem langen Warten des Gegners hervorgehe, als gewiß angenommen werden; allein dies ist keineswegs der Fall. Eine gesezliche Vermuthung der Zahlung, welche statt Beweises dient, ist nach dem Cod. civ. Th. IV. Kap. 14. §. 13. Nr. 6. nur dann vorhanden, wenn man ohne Ursache mit der Forderung nicht nur lange zurückhält, sondern auch den Schuldner gar darüber versterben läßt, welches leztere hier der Fall nicht ist.

Auch die Länge des Anstandes der Forderung ist hier nicht sehr bedeutend, da die Zeit, während welcher die Deservitten-Bücher in gerichtlicher Verwahrung gelegen

sind, abzurechnen und daher von Seite des Klägers keine Zögerung anzunehmen ist. Das Zögern von Seite des Vaters läßt sich daraus erklären, daß er als Bürgermeister immer so gestellt war, daß er einer solchen Summe nicht so schleunig bedurfte, und von dem noch vermögenden Schuldner bei längerem Warten eben so wenig einen Verlust zu befürchten hatte, daß er von der Advokatie in das neue, damals schwierige Amt eines Bürgermeisters übergetreten ist, und durch die neuen Geschäfte gehindert worden sein mag, an die Beitreibung seiner Advokaten-Deserviten zu denken, bis ihn endlich der Tod überraschte, endlich, daß der Herr Beklagte die von dem Kläger behauptete Vernachlässigung aller Privatgeschäfte von Seite seines Vaters nicht widersprochen, sondern vielmehr selbst zugegeben hat. Das längere Warten von Seite des Vaters des Klägers mag daher allenfalls eine den sonstigen Beweis unterstützende einfache Vermuthung begründen, allein für sich kann sie vom Beweise nicht befreien.

Deßhalb, und da die geschehene Zahlung vom Kläger widersprochen ist, mußte dem Herrn Beklagten der Beweis derselben aufgetragen werden.

Straubing am 27. Februar 1829.

(Siegel.)

Königlich baierisches Appellationsgericht für den Unter-Donaukreis.

ꝛc. ꝛc.

§. 6.

Gegen dieses Erkenntniß wurde von dem Beklagten folgende Berufungschrift eingereicht:

„Das Erkenntniß vom 27. Februar 1829 beruht auf solchen unerwarteten Unrichtigkeiten, sowohl thatsächlichen, als rechtlichen, daß ich nicht nur der Abänderung versichert sein kann, sondern daß auch eine definitive Entbindung von der Klage zu erwarten ist.

„Was das Thatverhältniß angeht, so beruht

das Erkenntniß nach den Entscheidungsgründen auf folgenden Unrichtigkeiten:

„1) Ich soll theils ausdrücklich, theils stillschweigend zugestanden haben, daß die Deserviten-Bücher des Vaters des Klägers seit dem Tode desselben, und zwar unmittelbar bei der Obsignirung, und wegen der Haftungen seines Vaters aus dessen Rechnungswesen, in gerichtliche Verwahrung genommen worden seien. — Der Kläger hat dieses Alles nicht einmal selbst behauptet, denn er sagt in seiner Replik: nach dem Tode seines Vaters sei an den Nachlaß desselben wegen der verschiedenartigen Amtshaftungen desselben die gerichtliche Obsignatur angelegt, und nach deren Abnahme seien ihm die Deserviten-Bücher abgenommen worden, und ich machte in der Duplik darauf aufmerksam, daß er die Zeit nicht angebe, wann dieses geschehen sei.

„2) Das königliche Appellationsgericht sezt voraus, ich hätte die von dem Kläger behauptete Vernachlässigung aller Privatgeschäfte von Seite seines Vaters nicht widersprochen, sondern vielmehr selbst zugegeben. Meine Äußerung hierüber lautet aber wörtlich: „„daß des Klägers seliger Vater seine Privatsachen nicht in Ordnung brachte, ersehe ich daraus, daß er die von mir geleistete Zahlung in seinen Papieren nicht vorgemerkt haben soll, daß er aber seine Deserviten-Aussenstände nicht habe beitreiben können, widerspreche ich.""

„3) Endlich sezt das königliche Appellationsgericht voraus, der Kläger habe früher, ehe ihm die Deserviten-Bücher vom Gerichte wieder ausgehändigt worden seien, keine Kenntniß davon gehabt, daß in ihnen Aussenstände, insbesondere bei mir, enthalten seien; denn ich hätte es selbst nicht behauptet, und es sei auch um so unwahrscheinlicher, als der Kläger in einer fremden Handlung befangen gewesen und überdies zugegeben sei, daß die Bücher unmittelbar nach dem Tode seines Vaters bei der Obsignirung in gerichtliche Verwahrung gekommen seien. — Der Kläger hat aber, wie schon erinnert, das Leztere selbst

nicht behauptet, und das Erstere, nämlich die Kenntniß darüber, daß die Bücher Aktivforderungen seines Vaters enthielten, kann er vernünftiger Weise nicht leugnen, nachdem er gesagt hat, das Gericht habe ihm diese Bücher bei Gelegenheit der über das Rechnungswesen seines Vaters entstandenen Prozesse, also zur Sicherheit der Gemeinde Straubing, abnehmen lassen.

„Eben so beruht das Erkenntniß auf rechtlichen Unrichtigkeiten:

„a) Von den eingeklagten Deserviten und Auslagen sind die meisten für die Zeit vom 22. April 1796 bis zum 31. Juli 1798 aufgeführt. Die Klage selbst ist am 14. November 1828, also noch später als 30 Jahre seit Entstehung des lezten Postens, eingereicht worden, und folglich konnte ich der Forderung die Einrede der erlöschenden Verjährung entgegensezen. Weil nun der Kläger behauptet, die Deserviten-Bücher seines Vaters seien ihm gerichtlich abgenommen worden, so nimmt das königliche Appellationsgericht an, es habe dem Kläger, weil er ohne Bücher die Aussenstände an Deserviten und die Gläubiger nicht habe wissen und jene daher nicht einklagen können, nach dem Rechtsaze: agere non valenti non currit praescriptio, während der Zeit der gerichtlichen Verwahrung der Bücher keine Verjährung laufen können, und zwar um so weniger, als das Gericht sich aus diesen Büchern hätte überzeugen können und sollen, daß sie Deserviten-Aussenstände enthielten, welche mit Ablauf der Zeit ganz verloren gehen könnten, als es daher Pflicht des Gerichtes gewesen sei, für die Einklagung und Beitreibung solcher Aussenstände von Amtswegen, ohne eines Antrags des Klägers hierauf zu bedürfen, einen Kurator zu bestellen, und als endlich, wenn dieses unterblieben, dieses eine Nachlässigkeit des Gerichtes, nicht des Klägers gewesen sei. — Es versteht sich von selbst, daß hier nicht von einem thatsächlichen, sondern von einem rechtlichen Hindernisse die Rede sein könnte; denn es war im vorliegenden Falle dem Kläger durch kein Gesez verboten,

Klage

Klage zu stellen, und die Einzahlung der Aussenstände zur gerichtlichen Hinterlegung zu bewirken, oder die Aufstellung eines Anwaltes (Kurators) zu beantragen, oder endlich durch außergerichtliche Mahnung der Schuldner die Verjährung zu unterbrechen. Rücksichtlich der thatsächlichen Hindernisse aber wird der Lauf der Verjährung nur durch solche Umstände gehemmt, welche sich ohne eignes Zuthun ereignen, und von uns nicht leicht beseitigt werden können.

Anmerk. über den Cod. civ. Th. II. Kap. 4. §. VIII. Nr. 4. e.

„„Impedimentum enim, quod ab impedito removeri „„potest, praescriptionem non impedit, maxime cum „„creditor denunciando, protestando et contestando jus „„suum conservare possit.““ Lauterbach colleg. theor. pract. p. II. lib. XX. tit. I. §. LXXXIII.

„„Respondeo, in praescriptione longiore domino „„non tam nocere negligentiam alienam, quam pro- „„priam.““ Leyser medit. ad Pand. vol. VII. spec. CCCCLIV. med. IX.

„b) Was die Forderungen aus der Zeit vom 1. bis zum 26. Jäner 1799 betrifft, so habe ich dem Kläger, da er seit dem leztgenannten Tage 29 Jahre 9⅔ Monate verstreichen ließ, ehe er Klage stellte, die Einrede entgegengesezt, daß die geleistete Zahlung dieses langen Anstandes wegen und noch deßhalb vermuthet werden müsse, weil der Vater des Klägers und er selbst wohl wußten, daß ich allezeit fähig und bereit war, auf die erste Anforderung Zahlung zu leisten, weil es dem Vater des Klägers keine größere Mühe machte, seinen Parteien aus geordneten Büchern ihre treffenden Rechnungen zu senden, als ihnen die Niederlegung der Advokatie unter Rückgabe der Akten anzuzeigen, weil der Kläger, wenn ihm zur Sicherheit der Gemeinde Straubing die Deservitenbücher seines Vaters abgenommen wurden, doch wohl wissen mußte, daß darin für einbringlich gehaltene Aussenstände aufgezeichnet seien, und weil er endlich vor vielen Jahren des Geldes

eben so bedürftig war, als er es gegenwärtig zu sein bewiesen und eingestanden hat. Nun sagt aber das königliche Appellationsgericht: eine gesezliche Vermuthung der Zahlung, welche statt Beweises diene, sei nach dem Cod. civ. Th. IV. Kap. 14. §. 13. Nr. 6. nur dann vorhanden, wenn man ohne Ursache mit der Forderung nicht nur lange zurückhalte, sondern auch den Schuldner gar darüber versterben lasse, welches leztere hier der Fall nicht sei. Auch hierin irrt sich das königliche Appellationsgericht. „„Man hat hierbei eben nicht auf die Zeit allein, „„sondern zugleich auch auf andere mit adminikulirende „„Umstände und Muthmaßungen zu sehen. Für ein sehr „„starkes Adminiculum, welches unser Codex hier exem-„„plificative anführt, wird geachtet, wenn Creditor seine „„Forderung so lange anstehen läßt, bis Debitori durch „„den Tod der Mund verschlossen ist. — Der nämliche „„Casus waltet ob, wenn Creditor so lang hinter dem „„Berg hält, bis die Gezeugs-Personen und alle jene, „„welche von dem prätendirten Debito hätten Auskunft „„geben können, abgestorben sind, oder Debitor durch „„Unglücks- und andere Zufälle um seine Brieffschaften „„und Arma defensionis gekommen ist. Die übrigen Be-„„helfe, wodurch gegenwärtige Präsumtion unterstüzt wird, „„ergeben sich theils ex persona et conditione creditoris „„vel debitoris, theils ex qualitate debiti oder andern „„Umständen, und zwar aus der Person des Creditoris, „„wenn er z. E. der Mann nicht ist, welcher viel zu „„verschenken oder seine Sachen an den Nagel zu hängen „„pflegt.““ Anmerk. über den Cod. civ. Th. IV. Kap. 14. §. XIII. Nr. 7.

„Da auf diese Weise das erstrichterliche Urtheil unbegründet, dagegen mein Antrag auf Entbindung von der Klage in den Akten und dem Rechte wohl gegründet ist, so stelle ich auf diese Entbindung meine Bitte, unter Verwahrung gegen die Kosten.“

§. 7.

Der Kläger reichte hierauf eine sogenannte Neben-

verantwortung ein, worin er angab, eine geschichtliche aktenmäßige Darstellung dessen liefern zu wollen, worauf sich das Zeugniß des Kreis- und Stadtgerichtes vom 5. Dezember 1828 stützt. In dieser Hinsicht sagt er im Wesentlichen Folgendes:

„Am 7. März 1811 habe das königliche Kreis- und Stadtgericht an seines Vaters Verlassenschaft die Obsignatur angelegt, und erst am 3. März 1812 wieder abgenommen. Hierauf hätten Arrestverhängungen auf den ganzen Nachlaß, sohin auch auf die Deservitenbücher insbesondere zur Sicherheit der Gemeinde Straubing, Statt gefunden, und die königliche Kreis-Regierung habe erst am 14. Dezember 1817 die gänzliche Arrest-Aufhebung bewilligt, weil früher seines Vaters Rechnungswesen nicht habe berichtigt werden können. Wäre er nach Abnahme der Obsignatur (3. März 1812) in den Besitz der Deserviten-Bücher gelangt, welches aber der Fall nicht gewesen sei, so hätte er doch die Aussenstände nicht einklagen können oder müssen, weil er nicht gewußt, ob er sich für sich selbst oder für die Gläubiger seines Vaters bemühen werde. Nur das Kreis- und Stadtgericht habe die Pflicht gehabt, durch einen Kurator diese Aussenstände eintreiben zu lassen. Im Jahre 1815 sei er (der Kläger) in den hospischen Debit- und Untersuchungs-Prozeß verwickelt und dadurch bis zur Hälfte des Jahres 1818 an der Verfügung über sein Vermögen gehindert gewesen. In Folge dieser seiner Verwicklung in die hospische Sache sei er im Jahre 1819 in den Universal-Konkurs gerathen, während dessen die Deserviten-Reste öfters zur Sprache gekommen, ihm aber wieder die Hände gebunden gewesen seien, bis endlich seine Gläubiger auf eine solide Art, nämlich mit 75 Prozent, befriedigt worden seien. Hierauf habe er sich um die Deservitenbücher beworben, und dieselben erhalten, weil dieselben vielleicht noch vermodert wären." ꝛc. ꝛc.

§. 8.

Der Herr Beklagte entdeckte hierauf neue Thatumstände, und reichte deßwegen folgende vom 29. August 1829

datirte Vorstellung unmittelbar zum königlichen Ober-Appellationsgerichte ein:

„Eure königliche Majestät erinnern Sich, daß das königliche Kreis- und Stadtgericht Straubing dem J. B. am 5. Dezember 1828 ein bei der Replik vorgelegtes Zeugniß ausstellte, daß ihm die von der Hand seines Vaters geführten Deservitenbücher erst vor $\frac{3}{4}$ Jahren zu Handen gestellt werden konnten, und er sofort an der früheren Verfolgung und Beitreibung der Deserviten-Rückstände seines Vaters gehindert war, dann daß das königliche Appellationsgericht in seinem Urtheile vom 27. Februar 1829 — wohl nur auf den Grund dieses Zeugnisses und der Behauptungen des Klägers — für eine ausgemachte Wahrheit annahm, es seien die fraglichen Deservitenbücher seit dem Tode des Bürgermeisters B. im Jahre 1811 bis zum Jahre 1828 in gerichtlicher Verwahrung gelegen und dem Kläger erst im lezten Jahre zurückgegeben worden, — ferner daß ich in der Duplik und Berufung auf den Umstand aufmerksam machte, der Kläger sage nicht, wann ihm die Bücher vom königlichen Kreis- und Stadtgerichte abgenommen worden sein sollten, und schlüßlich werden Sich Eure königliche Majestät erinnern, daß der Kläger in seiner Nebenverantwortung über diese leztere Frage Aufklärung zu geben verspricht, und sich dabei in ein solches Dunkel hüllt, daß man nicht mehr erfährt, als dieses: bei Abnahme der gerichtlichen Obsignatur, am 3. März 1812, sei er wieder in den Besiz der Deservitenbücher gelangt *), und als sein Universal-Konkurs 1819 beendigt gewesen, habe er sich beworben, seine Deservitenbücher zu erhalten, was auch geschehen sei.

„So eben, was ich beschwören will, kömmt mir die

*) Nach dem Vorbringen in der Nebenverantwortung wurde die Obsignatur am 3. März 1812 abgenommen, und hierauf wurden die Deservitenbücher in Beschlag genommen. Dies wurde auch in der Replik gesagt. Vgl. §. 7 u. 3.

Abschrift folgender Quittung zu Händen, welche der Gastgeber Sch. zu Straubing in Urschrift besizt und vorzulegen erbietig ist:

„„daß ich von Herrn Sch. Gastgeber zur goldnen Krone „„in Straubing, ein Deservitenbuch meines Vaters „„vom Jahre 1795 bis 1798 inclus. nebst den hierzu „„gehörigen Taxzetteln erhalten habe, bescheinigt,

„„Straubing am 5. April 1818,

„„J. B.““

„Der Gastgeber Sch., obgleich er unbefriedigter Gläubiger des J. B. ist, muß und kann nebstdem eidlich betheuern, daß dieses Deservitenbuch (gerade dasjenige, aus welchem J. B. von mir die angesprochene Summe fordern will) schon seit dem Besize seines Hauses daselbst gelegen war. Es müssen nun die Akten des königlichen Kreis- und Stadtgerichtes weiter beweisen (und ich bitte, diese Akten abfordern zu lassen), wann nach dem 5. April 1818 dieses Deservitenbuch wieder zu diesem Gerichte gekommen, und wann es dem J. B. wieder zurückgeben worden ist. Vor der Hand ist so viel gewiß, daß J. B. vom 3. März 1812 an, wo er dieses Buch bei Abnahme der gerichtlichen Obsignatur erhalten zu haben bekennt *), bis zu dem Tage, wo er es angeblich wieder in gerichtliche Verwahrung gegeben hat (was nicht vor dem 5. April 1818 geschehen sein kann), also wenigstens vom 3. März 1812 bis zum 5. April 1818, in einer Zeit von beinahe sechs Jahren, seines Vaters Deserviten-Aussenstände selbst hätte einfordern können; denn wenn er damit so lange warten will, bis seine alten Schulden ganz bezahlt sind, die zum großen Theile bei seinem Konkurse in der Hoffnung auf besseres Glück nicht angemeldet wurden, so wird wohl noch einmal die Verjährungszeit ablaufen müssen.

---

*) In der Nebenverantwortung ist dies ausdrücklich geleugnet und sonst nirgends bekannt. S.

„Ich bitte, um diese neu entdeckten Thatsachen geltend machen zu können, um Wiedereinsezung in den vorigen Stand."

§. 9.

Das Urtheil des königlichen Ober-Appellationsgerichtes fiel, wie folgt, aus:

Seine königliche Majestät

erkennen in Sache des J. B. zu Straubing gegen den Herrn Gr. v. P. wegen Forderung zu Recht, und bestätigen das Erkenntniß des königlichen Appellationsgerichtes des Unter-Donaukreises vom 27. Februar und eröffnet am 13. Mai 1829. Der Revident wird in die Kosten dieser Instanz und zu sechs Thalern Succumbenzgeld verurtheilt.

Entscheidungsgründe.

1) Was die von dem Beklagten vorgebrachte Einrede der Verjährung betrifft, so hat der Kläger gegen dieselbe in der Replik angeführt, daß nach dem am 7. März 1811 erfolgten Tode seines Vaters die Obsignatur an dessen Verlassenschaft angelegt, und daß nach Abnahme derselben wegen verschiedener Differenzen und Amtshaftungen ihm (Kläger) die Deservitenbücher seines Vaters auf gerichliche Anordnung abgenommen worden seien. Dies belegte er auch durch ein Zeugniß des Stadtmagistrates Straubing*) vom 5. Dezember 1828, worin demselben bezeugt wird, daß ihm die von der Hand seines Vaters geführten Deservitenbücher erst vor $\frac{3}{4}$ Jahren hätten zu Handen gestellt werden können, und er sofort an der früheren Verfolgung und Beitreibung der Deserviten-Rückstände seines Vaters gehindert gewesen sei. Dadurch stellte also der Kläger die Behauptung auf, daß ihm die Deservitenbücher seines

*) „Stadtmagistrates," so heißt es statt „Kreis- und Stadtgerichtes" in der vom königlichen Appellationsgerichte dem Beklagten mitgetheilten Erkenntniß-Abschrift.

Vaters vom 7. März 1811 bis zum Jahre 1828 durch gerichtliche Anordnung entzogen gewesen seien.

Der Herr Beklagte konnte in der Duplik obige thatsächliche Verhältnisse weder allgemein noch besonders widersprechen (?), sondern er bestritt nur deren Erheblichkeit. Allein nach dem Cod. jud. Kap. 4. §. 3. und den Anmerk. über den Cod. civ. Th. II. Kap. 4. §. VIII. Nr. 4. e — f. tritt eine Verjährung der Klage nicht ein, wenn während der Verjährungszeit ein Klagehinderniß sich ergibt, und deßhalb muß die Dauer des Hindernisses in der Zwischenzeit von dem Verjährungstermine abgezogen werden, wenn das Hinderniß von der Art war, daß es nicht so leicht beseitigt werden konnte. Dieses muß aber um so mehr angenommen werden, als Amtsuntersuchungen und gerichtliche Beschlagnahme in Mitte lagen, die der von allen Seiten als haftend in Anspruch genommene Erbe so leicht zu entfernen nicht im Stande war *). Bei dieser Sachenlage mußte daher dem Beklagten der Beweis der behaupteten Zahlung auferlegt werden.

2) Auch die von dem Beklagten dahier unmittelbar nachgesuchte Wiedereinsezung in den vorigen Stand konnte als offenbar unzulässig nicht berücksichtigt werden, indem der als neue Thatsache ausgegebene Umstand, daß ein Deservitenbuch über die Jahre 1795 bis 1798 dem Kläger schon im Jahre 1818 zugestellt **) worden sei, auf jeden Fall deßhalb unerheblich ist, weil, wenn auch diese Thatsache gegründet wäre, immer eine Lücke von sechs bis sieben Jahren ***) sich ergibt, innerhalb welcher

*) In der Nebenverantwortung heißt es jedoch, die königliche Kreis-Regierung habe am 14. Dezember 1817 die gänzliche Arrest-Aufhebung bewilligt.

**) Durch den Gastgeber Sch., nicht durch das Gericht. J. B. konnte das Deservitenbuch von Sch. auch früher erhalten.

***) Von 1811 oder 1812 bis 1818? Das königliche Ober-Appellationsgericht nimmt also an, daß J. B. das Deserviten-

Zeit der Kläger an der Klage, wie oben bemerkt, gehinder war. — ꝛc.

München am 12. Jäner 1830.

(Siegel.)

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Baiern.

v. Ritter.

Sekr. Frankl.

---

buch nicht erst 3/4 Jahre vor dem 5. Dezember 1828 vom Gerichte erhielt? — Oder will dasselbe sagen: die Bücher seien wenigstens seit 1818 und bis 1828 in gerichtlicher Verwahrung gewesen, so viel beweise wenigstens das Zeugniß? Aber warum wurden die Akten nicht abgefordert, um dieses Meinen in Anschauen zu verwandeln?

XVI.

Ueber Adjudikations-Bescheide.

Von

Dr. Nibler,

k. Appellationsgerichts-Advokaten in Straubing.

§. 1.

In diesem Rechtsfalle wird nicht nur die Materie von den Adjudikations-Bescheiden und insbesondere die Frage behandelt: zieht ein solcher Bescheid in gerichtlichen Verkäufen die Exekution nach sich, oder berechtigt er nur zu einer Klage? sondern es kömmt auch ein besonderer Nichtigkeitsgrund eines oberappellationsgerichtlichen Urtheiles zur Sprache.

Die Bauerseheleute zu Münchshöfen Gregor und Anna Gierl geriethen in ein allgemeines Schuldenwesen, und auf Antrag der Gläubiger wurde von dem k. Landgerichte Straubing der gerichtliche Verkauf ihres Gutes beschlossen. Unter ihren Hypothek-Gläubigern thaten sich der quieszirte Landesregierungs-Direktor Maurer in Regensburg und der Appellationsgerichts-Akzessist und Gutsbesizer von Moosdorf G. Hahn, unter den Kurrent-Gläubigern der Bruder des Gemeinschuldners Johann Gierl zu Stadeldorf im Prozesse besonders hervor. Im Laufe des Schuldenwesens trat auch die Ehefrau des Gemeinschuldners Anna Gierl als Hypothek-Gläubigerin auf.

Auf den 11. Juli 1828 war der erste Steigerungstermin angesezt; und hier wurde den Kaufliebhabern zu Protokoll eröffnet: „Dieselben sollten vor Allem und im

„Allgemeinen bekannt geben, unter welchen Bedingungen sie „das Gut, — ob mittels baarer Bezahlung oder in Fristen „zu erstehen gedächten, und dann ihr Kaufsangebot schlagen. „Den Interessenten blieben die Rechte vorbehalten, die „ihnen die Gerichtsordnung über Anerkennung oder Ver„werfung der Kaufsangebote und insbesondere der §. 64. „des Hypotheken Gesezes einräume." Und hierauf schlug Joh. Gierl von Stadeldorf das höchste Angebot von 19,000 fl. unter der Erklärung, daß er etwa 7000 fl. baar bezahlen und rücksichtlich des Restes mit den Interessenten unterhandeln wolle. — Sein Angebot wurde von Anna Gierl verworfen. —

Am 16. Sept. 1828 wurde die zweite Steigerungs-Tagsfahrt gehalten, und das Protokoll von diesem Tage bezieht sich auf jenes vom 11. Juli. Hier bietet der Gastgeber Schneider in Straubing 20,000 fl., welches Angebot Gregor Gierl unter der Erklärung verwirft, daß er sein Anwesen unter 36,000 fl. nicht weglasse. Der Gläubiger Hahn bittet um die dritte und lezte Steigerung.

Bei dieser lezten Steigerungs-Tagsfahrt (am 21. Okt. 1828) erneuert Schneider — unter Bezug auf das Protokoll vom 16. Sept. — sein Angebot zu 20,000 fl. Schneider und Johann Gierl steigern sich ohne Angabe der Zahlungs-Art. Schneider bietet 27,000 fl., worauf Johann Gierl von der Lizitation absteht. — Nachdem sich die beiden Lizitanten zur Mittagstunde entfernt hatten, werden Nachmittags folgende Aeußerungen dem nämlichen Protokolle einverleibt:

„Die Anna Gierl genehmigt das Meistgebot des „Gastwirths Schneider in der Voraussezung, daß baare „Zahlung sogleich erfolge, und macht den Meistbieter „hierfür verantwortlich, nachdem derselbe, wenn er eine „andere Zahlungs-Art im Sinne geführt hätte, sich hier„über im Voraus hätte erklären müssen. Bei dem „Mangel einer solchen Erklärung sei Baarzah„lung die Regel."

„Der Gläubiger Hahn bittet, unter Reflexion „auf das erste Steigerungs-Protokoll vom „11. Juli, den Meistbieter Schneider zur Erklärung bin„nen 3 Tagen aufzufordern, ob er das Angebot von „27,000 fl. baar oder in welchen Fristen und Bedingungen „zu erlegen gedenke, indem bei nicht erfolgender genauer „Erklärung angenommen werden müßte, derselbe habe nur „auf Baarzahlung gesteigert."

Hierauf erläßt sogleich das k. Landgericht an Schneider folgende Aufforderung:

„Von k. Landgerichts wegen.

„Zufolge der Protokollar-Verhandlung vom 21. Okt. „erhält der hiesige bürgerliche Weingastgeber Schneider „auf den Antrag des Eheweibs des Gregor Gierl von „Münchshöfen, und insbesondere auf den des Akzessisten „Hahn obigen Datums, welche ihm mitgetheilt werden, „den Auftrag, in Zeit von 3 Tagen sich um so gewisser „hierher zu erklären, ob auf sogleich fließende Baar„bezahlung für das Gregor Gierl'sche Anwesen „das Meistgebot pr. 27,000 fl. geschlagen wurde, „oder ob Fristen, und welche im Antrag wären, „dann ob proprio oder mandatorio nomine gesteigert „worden; widrigenfalls, bei der gesezlichen Präsum„tion für Baarbezahlung in Kaufs- und beson„ders Versteigerungsfällen, angenommen werden „muß und wird, daß der Versteigerungs-Preis baar ab„geführt werden wollte und sollte. Hierbei soll der „Kreditorschaft ihr Recht auf den Meistschlag „ausdrücklich vorbehalten sein.

„Straubing am 21. Okt. 1828.

„Der k. Landrichter:

v. Vincenti."

Innerhalb des Termins von 3 Tagen erklärte Schneider: „daß er sich nur in der Voraussezung, man werde „sich über billige Zahlungsbedingnisse verste„hen, auf den hohen Preis von 27,000 fl. eingelassen habe,

„daß er demzufolge 6000 fl. baar, und jährlich ferner „3000 fl. mit 3 Prozent Zinsen (in den Jahren 1829—35) „bezahlen werde; jedoch müsse er sich gegen den Meist-„schlag der Interessenten (vermuthlich das Relui-„tions-Recht) verwahren, weil dieses nur in 8 Tagen „ausgeübt werden könne, und er am Ende dieses „Termins (29. Oktbr.) entweder Käufer sein „müsse, oder sich länger nicht binden lassen „könne."

Am 29. Okt., gerade an dem Tage, wo der Termin zur Ausübung des Reluitions-Rechtes ausfloß, theilte das k. Landgericht obige Erklärung des Gastwirths Schneider den Verkaufs-Interessenten mit, und sezte auf den 11. Nov. Termin an, wo sich dieselben darüber äußern sollten. — An diesem Tage erfolgten folgende Erklärungen:

1) Von dem Direktor Maurer:

„die Zahlungsvorschläge Schneider's seien durchaus „verwerflich und gesezwidrig, sohin trete die Noth-„wendigkeit ein, zu einer neuerlichen Versteigerung „zu schreiten, wobei aber jeder Steigernde mit dem „ersten Angebot zur Erklärung und Nachweisung über „die Art und Sicherheit der Bezahlung des Kauf-„schillings aufgefordert und hierdurch die Gewißheit „erzielt werden müsse, daß er (Maurer) mit „Haupt- und Nebensache aus dem baar zu erlegenden „Kaufschillinge befriediget werden könne."

2) Von dem Gutsbesizer Hahn:

„daß er sich an die vorstehende Erklärung anschließe „und auf nochmalige Feilbietung antrage."

3) Von der Anna Gierl (und ihrem Rechtsanwalte, Advokaten Guggenberger):

„daß sie keine Fristenbezahlung bewillige, sondern „auf die baare Erlegung des ganzen Kauf-„geldes verharre, weil Schneider habe wissen „müssen, daß ein unbedingtes Kaufangebot die Baar-„zahlung des Kaufpreises in sich schließe. Sie bitte „daher, daß das k. Landgericht seine Aufforderung

„an Schneider vom 21. Okt. zurücknehmen, ihm
„das Gut um 27,000 fl. adjudiziren und ihn beauftragen wolle, diesen Kaufschilling baar zu erlegen,
„und zwar unter der Drohung, daß das Anwesen
„auf seine Wagniß und Gefahr weiter verkauft werde.
„Dabei bemerke sie, daß sie auf das Reluitions-Recht
„schon am 21. Okt. Verzicht geleistt habe."

4) Von Johann Gierl:
„daß er sich an die Anträge der A. Gierl anschließe."

Hierauf erging an Schneider am 11. Nov. folgender gerichtlicher Aufruf:

„Von königlichen Landgerichts wegen
„erhält der bürgerliche Weingastgeber Joh. Paul Schneider dahier beigefügt eine Abschrift des heute aufgenommenen Kommissions-Protokolls mit der Aufforderung, sich
„binnen 8 Tagen hierher zu erklären: 1) ob er nach dem
„Antrage der einen Gläubiger des Gregor Gierl von dem
„Kaufe des Anwesens desselben abstehen, oder
„2) nach dem Antrage der anderen baare Bezahlung
„des Lizitations-Kaufschillings pr. 27,000 fl. leisten, oder
„3) bei seinem Zahlungs- resp. Fristenantrag vom $\frac{25}{27}$ v. M.
„stehen bleiben wolle.

„Straubing am 11. Nov. 1828.

„Der k. Landrichter:

v. Vincenti."

Der Gastgeber Schneider antwortete innerhalb der Frist: „Er könne es nicht verhindern, wenn sein Angebot verworfen und das Gut neuerdings zum Verkaufe
„ausgeschrieben werde. Eben so wenig sei er geneigt, das
„Meistgebot von 27,000 fl. baar zu bezahlen, und da,
„wenn er auch sein Zahlungs-Offert bis zu demjenigen
„Maximum, welches die Geseze bei Zwangsveräußerungen
„vorgeschrieben, verbessern würde, die Anna Gierl und
„Johann Gierl doch nur wieder die Baarzahlung der
„ganzen Summe verlangen würden; so halte er seine Er-

„steigerung auch rücksichtlich dieser lezgenannten Interessen„ten für aufgelößt, und überlasse es — unter Vorbehalt „seiner Rechte — denselben, ihn im Rechtswege um die Voll„ziehung des Kaufs zu belangen“ ꝛc. ꝛc.

Nunmehr hörte Schneider von der Sache nichts mehr bis zum 29. Dezember 1828, wo er vom k. Landgerichte folgendes Dekret erhielt:

„Von königlichen Landgerichts wegen.

„Indem man dem bürgerlichen Weinwirth Joh. Paul „Schneider dahier das Duplikat der Eingabe des Herrn „Direktors Maurer zu Regensburg vom 13. d. M. im „Betreff der Zahlungsart von 27,000 fl. als Kaufschilling „für das von ihm (Schneider) ersteigerte gierl'sche Hofs„anwesen zu Münchshöfen anliegend mittheilt, wird der„selbe hiermit zugleich vorgeladen, zur Eröffnung des in „diesem Betreffe gefaßten landgerichtlichen Beschlusses „am Freitag, den 2. Jäner 1829, dahier zu erscheinen.

„Straubing am 24. Dezbr. 1828.

„Der k. Landrichter:

v. Vincenti.“

Die mitgetheilte Erinnerung des Direktors Maurer ist folgenden Inhalts:

„Erst durch die Mittheilung der lezteren Erklärung „des Gastgebers Schneider sei er in den Stand gesezt „worden, seine bestimmte Erklärung hiermit aussprechen „zu können. Die Kaufausbietung vom 19. Sept., auf „welche Schneider das Anwesen um 27,000 fl. ersteigert „habe, berufe sich auf den §. 64. des Hypotheken-Gesezes „als Grundlage. Auch das Steigerungs-Protokoll vom „21. Okt. beziehe sich auf die Ausschreibung vom 19. Sept. „und hierdurch auf den §. 64., welcher daher die Norm „dieses gerichtlichen Verkaufs bilde. Da sich nun der „§. 64. auf die Gerichts-Ordnung Kap. 18. §. 7. und „die Novelle v. 1819. beziehe: so (?) stehe der Saz „unwidersprechlich fest, daß die Zahlungsart „nach Kap. 18. §. 7. der Gerichtsordnung ent-

„schieden, d. h. der Käufer 2 Drittheile des „Preises baar in 3 Tagen und den Rest in leid„lichen Fristen bezahlen müsse. Darauf habe auch „Schneider in seiner Erklärung durch die Worte: „Maximum ꝛc. ꝛc. hingedeutet. Ganz unrichtig sei aber „seine beigesezte Schlußfolge, daß er seine Ersteigerung „für aufgelößt halte; denn dazu sei er nicht berechtiget, „vielmehr das k. Landgericht verbunden, nach §. 31. der „Gerichts-Ordnungs-Novelle (?) diese Ausflucht „sogleich zu verwerfen. Da er nun aus 2 Drittheilen „von 27,000 fl. ganz befriediget werden könne: so stelle „er die bestimmte Bitte, daß dem Schneider das „Gut um 27,000 fl. adjudizirt und ihm die Erlegung von „2 Drittheilen aufgetragen werde," u. s. w.

Sogleich nach Empfang des Dekrets vom 24. Dez. legte Schneider folgende Protestationschrift bei dem Landgerichte ein:

„Die privilegirten Gläubiger Maurer und Hahn, „hätten am 11. Nov. sein Angebot unbedingt verworfen, „und die minder privilegirten Gläubiger hätten an diesem „Tage gebeten, ihm das Anwesen zu adjudiziren, dabei „aber die Baarzahlung der ganzen Lizitations-Summe zur „Bedingung zu machen. In seiner hierauf am 16. Nov. „abgegebenen Erklärung habe er sich das Verlangen der „privilegirten Gläubiger, also die Aufhebung seines Kau„fes, gefallen lassen; und in Ansehung der minder privile„girten Gläubiger habe er bemerkt, daß er sich auf die „Baarzahlung der ganzen Summe nicht einzulassen schuldig sei, „weßwegen er auch rücksichtlich dieser Gläubiger seine Er„steigerung für aufgelößt betrachten und es denselben über„lassen müßte, ihn im Rechtswege um die Vollziehung des „Kaufes und um die Baarzahlung der ganzen Kauf„Summe zu belangen, wenn sie sich aus den Gesezen noch „nicht belehrt haben sollten, daß eine solche Klage und „ein solches Verlangen nicht einmal in dem Falle zulässig „seien, wenn bei einer Zwangs-Veräußerung die Bestim„mung der Zahlungs-Art lediglich den Gesezen überlassen

„werde. Hätten die Verkaufs-Interessenten damals, „sogleich nach Abgabe seiner Erklärung am 16. Nov. den „Vollzug des Kaufes in der Art beantragt, wie die Ge„seze für den Fall vorschrieben, wenn über die Zahlungs„Art nichts verabredet sei, so würde er freiwillig sich „auch noch auf einen solchen Kauf eingelassen haben; einen „Zwang aber habe es dazu für ihn nicht mehr gegeben, „und dadurch, daß die Verkaufs-Interessenten später ihren „Sinn geändert, sich also später mit einer Baarzahlung „von 2 Drittheilen des Kaufschillings zufrieden erklärt „hätten, könne sein einmal erloschener Kauf nicht wieder „in's Leben zurückgebracht werden. Deßwegen sehe er „nicht vollständig ein, wie das k. Landgericht auf die Ein„gabe des Direktors Maurer noch einen Beschluß fas„sen und denselben eröffnen könne, und er wolle sich daher „schon vorläufig dagegen verwahrt haben. Dabei bemerke „er, daß, wenn auch die übrigen Interessenten, wie „Maurer, sich eines Bessern belehrt und ihre Ent„schlüsse geändert hätten, dieses allenfalls nur eine Ueber„einkunft veranlassen könnte; indem er sich vielleicht ent„schließen würde, auf den Grund der vom Direktor „Maurer angezogenen Geseze einen neuen Kauf-Ver„trag einzugehen; jedoch unter den Modifikationen, daß „1) die Baarzahlung von 2 Drittheilen (weil die Gläubi„ger durch ihr Hinhalten alle seine Pläne gestört hätten) „in einer etwas längern Frist, als in 3 Tagen, erfolgen „werde, und daß 2) die Gläubiger, nachdem sie den In„halt der Ger. Ord. Kap. 18. §. 7. Nr. 6. eingesehen „hätten, sich auch noch aus demselben Kapitel §. 13. Nr. 3. „belehrten, was unter leidlichen, den Gläubigern „nicht allzuschädlichen, folglich annehmlichen „Fristen zu verstehen sei."

Das k. Landgericht ließ sich durch diese Protestationschrift nicht abhalten, seinen am 24. Dezember 1828 gefaßten Beschluß am 2. Jäner 1829 zu eröffnen. —

Er lautet wörtlich, wie folgt:

„Das königliche Landgericht Straubing hat „in

„in dem Schuldenwesen des Gregor Gierl, Bauers zu „Münchshöfen, beschlossen: Es sei dem Lizitations-Käufer „Joh. Paul Schneider, bürgerlichen Weingastgeber „von hier, das Gregor Gierl'sche Anwesen zu Münchshö- „fen um 27,000 fl. in der Art zu adjudiziren, daß er „schuldig und gehalten sei, von der Kaufsumme in Zeit „von 3 Tagen 2 Drittheile mit 18,000 fl. bei Gericht „baar zu erlegen, die übrigen 9000 fl. aber auf leidliche „und den Gläubigern, einschlüßig des Gemeinschuldners, „so ferne und so weit diesen ein Aktivrest hieraus treffe, „annehmliche Fristen genugsam zu versichern, und dieß „Alles um so gewisser, als auf seine Wagniß und Gefahr „und Kosten das von ihm ersteigerte Anwesen neuerdings „zum öffentlichen Verkaufe an den Meistbietenden ausge- „schrieben würde. Bis zur Erfüllung obiger Kaufverbind- „lichkeiten bleibe die Guts-Extradition suspendirt, und „die Guts-Administration habe bis dahin fortzubestehen.

„Die auf diesen Beschluß erlaufenen Kosten habe „Weingastgeber Schneider zu bezahlen.“

Gründe.

„Der bürgerliche Weingastgeber Joh. Paul Schneider von hier hat auf erfolgte öffentliche drittmalige Ausschreibung das Anwesen des Gregor Gierl um 27,000 fl. ersteigert, ohne im Geringsten nähere Bedingnisse, insbesondere, ob in Fristen und in welchen bezahlt werden wolle, zu Protokoll zu geben.

„Die Gläubiger, insbesondere der Direktor Maurer aus Regensburg, Anna Gierl, die Ehefrau des Gemeinschuldners, dieser selbst (?) und sein Bruder Johann Gierl erklären den Weinwirth Schneider für haftbar, diesen Kauf und zwar auf Baarzahlung nach den gesezlichen Bestimmungen zu halten; nur der Gläubiger, Akzessist Hahn, will den Lizitanten seines Kaufs entlassen.

„Da bei Käufen die Baarzahlung des Kaufschillings die Regel und der Kauf auf Borg und somit auf Fristen die Ausnahme ist; — bei öffentlichen Versteige-

rungen baare Bezahlung vorausgesezt wird, da übrigens und insbesondere die Ger. Ord. Kap. 18. §. 7. Nr. 6. es mit sich bringt, daß bei einer Gütsubhastation innerhalb 3 Tagen 2 Drittheile der Steigerung-Summe baar erlegt, der Rest aber in leidlichen Fristen versichert werde, so wurde nach dem Antrage der mehreren*) Gläubiger vorzüglich des Direktors Maurer, obiger Beschluß gefaßt, nachdem der Wille eines einzigen Interessenten, hier des Gläubigers Akzessisten Hahn, den Käufer seiner Verbindlichkeit in Ansehung der übrigen Gläubiger nicht entbinden kann.

„Als veranlassender Theil (?) hat der Gutskäufer die Kosten zu tragen.

„Straubing am 24. Dezbr. 1828.

v. Vincenti, Landrichter."

§. 2.

Gegen dieses Adjudikations-Dekret beschwerte sich Schneider bei dem kgl. Appellations-Gerichte, wo er in der Hauptsache vorstellte:

1) daß gar kein Kaufvertrag zu Stande gekommen sei, weil schon zum Voraus festgesezt gewesen, daß sich die Verkäufer mit dem Meistbietenden über die Zahlungsart verstehen müßten, und weil keine solche Vereinigung zu Stande gekommen sei; —

2) daß er an sein Meistgebot nicht mehr gebunden sei, nachdem Maurer und Hahn ihn seines Kaufes entlassen und Anna und Johann Gierl durch die Forderung der Baarzahlung der ganzen Kaufssumme sein An-

*) Das k. Landgericht ist also der Meinung, daß es auf die Mehrheit der Stimmen ankomme. Daß dieses irrig sei, bedarf keines Beweises. Nebstdem hat aber das k. Landgericht sich auch in der Zählung der Stimmen geirrt; denn nur der Direktor Maurer hatte auf die Baarzahlung von 2 Drittheilen; hingegen Anna und Johann Gierl auf die Bezahlung des ganzen Kaufschillings gestimmt.

gebot (selbst wenn man annehmen wollte, es sei die Bestimmung der Zahlungs-Art dem Geseze überlassen gewesen) verworfen hätten, und nachdem endlich die Verkaufs-Interessenten diese ihre Handlungen nicht mehr zu seinem Schaden zurücknehmen könnten;

3) daß in dem Falle, wenn der Kauf für vollendet und er für schuldig geachtet werden könnte, denselben noch zu halten, doch gleichzeitig mit der Adjudikation des Guts die Fristen, in denen das dritte Drittheil des Kaufpreises bezahlt werden sollte, festgesezt sein müßten, weil sich keiner der beiderseitigen Kontrahenten die Adjudikation früher gefallen lassen könne, als bis er wisse, wie er den Kaufschillings-Rest erlegen müsse oder erheben könne u. s. w. —

Zugleich machte Schneider das k. Appellationsgericht darauf aufmerksam, „daß sich aus den Akten zum Mindesten „und in jedem Falle dieses herausstelle: es müßte „über die hier entstehenden Fragen:

„ob bei der dritten Steigerung die Bestimmung der „Zahlungs-Art den Gesezen oder einer Uebereinkunft der Kontrahenten überlassen gewesen sei; — ob die Verkäufer durch Verwerfung „seines Angebots ihn von aller Haftung entbunden „hätten; — und ob sie ihn zwingen könnten, sein „früher selbst verworfenes Angebot zu halten? u. s. w.

„vorerst ordentlich verhandelt werden, ehe darüber ein Urtheil erlassen werden könne, und „daß der landgerichtliche Beschluß vom 24. Dez. „1828, wenn er ein Urtheil sein sollte, ein „Urtheil vor der Verhandlung, d. i. nichtig „sein müßte." —

Schneider bat, daß das k. Appellationsgericht den landgerichtlichen Beschluß ganz aufheben, und entweder ihn von der Haftung in Ansehung der Steigerung ganz entbinden oder, weil die Sache zu einem Urtheile noch gar nicht reif sei, die Verkäufer auf den Rechtsweg verweisen wolle.

Der k. Advokat Guggenberger adhärirte dieser Berufung Namens der A. Gierl, und verlangte: „Schneider sollte verurtheilt werden, die ganze Kaufsumme zu 27,000 fl. baar zu erlegen, „weil es ihm nur frei gestanden wäre, vor der Steigerung seine Vorschläge über „die Zahlungs-Art zu machen, und weil er sich dadurch, daß er „vor der Steigerung keine solchen Vorschläge gemacht, zur „Baarzahlung des ganzen Kaufpreises verbunden habe u. s. f."

Das k. Appellationsgericht erließ (in Urtheilsform) folgenden Beschluß:

„Im Namen ꝛc. ꝛc.

„erkennt das k. Appellationsgericht des Unterdonaukreises „in Schuldsachen des Gregor Gierl, Hofbesitzers zu Münchshöfen, eigentlich in Berufungsachen des J. P. Schneider, bürgerlichen Weinwirths in Straubing, als Käufers „des gierlischen Anwesens, gegen dessen Gläubiger pacto ad- „jud. et solutionis zu Recht, und bestätiget den Beschluß „des k. Landgerichts Straubing vom 24. Dezember 1828 „und publ. am 2. Jäner d. J. in der Hauptsache, unter „Verurtheilung des Appellanten Schneider in die Kosten „dieser Instanz."

Entscheidungsgründe.

„1) In keiner der drei Bekanntmachungen der gerichtlichen Verkäufe des Anwesens zu Münchshöfen wurde eine Aufforderung an den Kaufliebhaber eingerückt, sich über Zahlungsmittel und Zahlungsart auszuweisen und zu erklären; nur in dem ersten Versteigerungs-Protokolle vom 11. Juli v. J. wurde den Käufern aufgetragen, ihrem Angebot die Zahlungsart beizufügen. Da aber J. P. Schneider bei dieser Kommission nicht als Käufer sich gestellt hatte, so wurde ihm dieser Auftrag nicht eröffnet. Bei der zweiten und dritten Versteigerung wurde in den Protokollen dieser Auftrag nicht wiederholt; die Behauptung, daß dieser Auftrag auch bei dieser Kommission stillschweigend vorausgesezt wurde, ist also ganz grundlos (??).

„2) Johann Sterl zu Stadeldorf war zwar bei der ersten Versteigerung anwesend, und hatte sein Angebot mit Modifikationen, der gegebenen Aufforderung gemäß, zu Protokoll gegeben. Bei der zweiten Versteigerung am 16. Sept. v. J. war nur J. P. Schneider allein als Käufer erschienen; wie gesagt, wurde ihm die Aufforderung vom 17. Juli vorher nicht eröffnet und in lezterem Protokoll nicht wiederholt, und Schneider hatte ein unbedingtes Angebot von 20,000 fl. geschlagen.

„Die dritte und lezte Versteigerung wurde mit Rücksicht auf den §. 64. des Hypotheken-Gesezes *) kund gemacht; diese dritte Versteigerung war von den vorhergehenden ganz verschieden (?), und dabei wäre eine Aufforderung zur Erklärung über die Zahlungsart ganz zwecklos **) gewesen, weil die Gläubiger dabei nach dem allegirten §. 64. des Hypotheken-Gesezes mit einer Einwendung gegen das auch unter der Schäzung stehende Kaufangebot ausgeschlossen sind, und ihnen nur das Einlösungsrecht vorbehalten ist. Eben dieser schon in der Kundmachung vom 10. Sept. v. J. allegirte §. 64. des Hyp. Ges. weiset auf den §. 7. der Gerichtsordnung Kap. 18. hin ***),

---

*) Dieß geschah auch bei den ersten zwei Steigerungen, natürlich in dem Sinne, daß es dem Schuldner oder den Gläubigern erlaubt sein sollte, die zweite oder die dritte Steigerung zu verlangen. Bei der Ausschreibung der dritten Steigerung bezog sich das k. Landgericht auf §. 64. des Hyp. Ges. deßwegen, um anzudeuten, daß den Verkaufs-Interessenten, wenn sie ein Angebot nicht genehmigten, oder wenn kein Angebot geschlagen würde, das Einlösungs- und Streichungsrecht (jus reluendi et delendi) noch vorbehalten sei.

**) Warum zwecklos? Wenn man die vom Käufer vorgeschlagene Zahlungsart nicht annehmen wollte, so blieb ja erst das Einlösungsrecht übrig, und die Ausübung des Einlösungsrechts sezt ja voraus, daß man mit dem Käufer über die Zahlungsart im Reinen sein müsse, weil der Reluent die Zahlung gerade so leisten muß, wie der Meistbietende.

***) Befiehlt aber doch wohl nicht, daß bei Zwangs-Veräußerun-

der Verkauf hätte also unter andern, als den in diesem Geseze bestimmten und vorgeschriebenen Modalitäten **nicht** geschehen **können** (?). So wenig also der Richter befugt gewesen wäre, auf die im ersten Versteigerungs-Protokoll vom 11. Juli v. J. gemachte Aufforderung zurückzukommen *), eben so wenig konnte ein bei der lezten Versteigerung erscheinender oder erschienener Gläubiger, und also auch Johann Gierl und J. P. Schneider, nur mit einigem Scheingrund vermuthen, daß die damals geschehene Aufforderung auch bei der lezten Versteigerung noch gelte (?).

„3) Es mögte aber diese Aufforderung auch bei der zweiten und dritten Versteigerung stillschweigend verstanden oder ausdrücklich wiederholt worden sein, so könnte man **mit gesundem Menschenverstande** **) doch nicht vermuthen, daß J. P. **Schneider** sein erstes Angebot von 20,000 fl. unter dem stillschweigenden Vorbehalt, daß er sich erst nach geendeter Versteigerung über die Zahlungsart erklären werde, gemacht habe ***), und daß **Joh. Gierl**

---

gen der Meistbietende **allemal** zwei Drittheile des Kaufgeldes baar bezahlen müsse. Die tägliche Praxis widerlegt das k. Appellationsgericht. Unter 100 gerichtlichen Versteigerungen geschieht es nicht **dreimal**, daß der Käufer zwei Drittheile des Kaufschillings in drei Tagen erlegt.

*) Das Gesez (Cod. jud. Kap. 18. §. 7.) sezt fest, daß bei gerichtlichen Versteigerungen, **wenn über die Zahlungsart kein anderes Uebereinkommen getroffen worden**, zwei Drittheile des Angebots baar erlegt werden müssen, und **diese Anordnung gilt sowohl für die erste, als für die zweite und dritte Steigerung.** Es ist also ein neuer Irrthum des k. Appellationsgerichtes, wenn es glaubt, es gälten bei der dritten Steigerung rücksichtlich der Zahlungsart **andere** Normen, als bei der ersten und zweiten Steigerung.

**) M. vgl. die vortreffliche Ministerial-Verordnung vom 23. April 1813 über die Fassung der Entscheidungsgründe!

***) Aber natürlich unter dem Vorbehalt, die Zahlung eben so zu leisten, wie **Johann Gierl** bei der ersten Steigerung beantragt hatte; denn er hatte ja keinen Grund, diese Zahlungs-

dieses unbedingte Angebot eben so unter der stillschweigenden Voraussezung seiner im ersten Versteigerungsprotokoll vom 11. Juli v. J. gemachten Bedingungen um 7200 fl. erhöht und auf 27,000 fl. würde getrieben haben.

„Waren sie, wie J. P. Schneider behauptet, zur Erklärung über die Zahlungsart aufgefordert, und haben sich nicht erklärt, so ist ihr Angebot für unbedingt zu halten und unterliegt im gelindesten Fall*) den gesezlichen Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. 18. §. 7, welcher in Nr. 6. klar und deutlich festsezt, daß der Käufer wenigstens zwei Drittheile des angebotenen Kaufpreises baar erlegen müsse.

„4) Auf diese Art der Zahlung haben alle Gläubiger und auch der Schuldner, insoweit ihm an dem Kaufschilling nach Befriedigung seiner Gläubiger noch ein Anspruch bleibt, ein gegründetes Recht, welches ihnen von den übrigen Mitgläubigern, sie mögen mehr oder weniger Vorzug vor ihm haben, und auch von dem Richter nicht benommen werden kann **).

---

art zu verbessern, gegen welche ihm keine Einwendung bekannt wurde. Dasselbe hätte ja auch von Joh. Gierl gegolten, wenn er bei der dritten Steigerung das höchste Angebot geschlagen hätte.

*) Das Gericht muß aber immer den strengsten Fall annehmen, und wenn der Käufer „im gelindesten Falle" zwei Drittheile baar bezahlen muß, was verordnen denn die Geseze für den schwersten Fall? —

**) Wenn man von den Vorgängen bei der ersten und zweiten Steigerung absehen will, und wenn Anna und Joh. Gierl und der Gemeinschuldner Gregor Gierl in den ersten acht Tagen nach der Steigerung erklärt hätten, sie wollten vom Reluitionsrechte keinen Gebrauch machen, und seien zufrieden, wenn dem J. P. Schneider das Gut unter der Bedingung adjudizirt werde, zwei Drittheile des Angebots baar zu erlegen, so hätte die Erklärung der Hypotheken-Gläubiger Hahn und Maurer, daß sie das Meistgebot verwürfen und eine andere Steigerung verlangten, den

Daraus folgt, daß Appellationsgerichts-Akzessist Hahn und Direktor Maurer durch ihre Erklärungen, und das k. Landgericht durch die nachträglichen Aufforderungen des Käufers Schneider den übrigen Gläubigern nicht schaden, und sie in ihren Rechten nicht schmälern konnten. Die Aufforderungen vom 21. Oktbr. und 4. Nov. v. J. hatten nicht die Eigenschaft einer rechtskräftigen Entscheidung, und konnten nie in Rechtskraft erwachsen, und wenn Schneider auch gefragt wurde, ob er vom Kaufe abstehen oder in Fristen zahlen wolle, so konnte dadurch die gesezliche Bestimmung des §. 64. des Hyp. Ges. und des Kap. 18. §. 7. Nr. 6. der Gerichtsordnung nicht aufgehoben werden. Nur von der einstimmigen Einwilligung der Gläubiger und des Gemeinschuldners wäre es abgehangen, ob sie dem J. P. Schneider die gesezliche Zahlungs-Verbindlichkeit und in welchem Grade erleichtern wollten.

„5) Das Bestehen einiger Gläubiger auf der Baarzahlung des ganzen angebotenen Kaufpreises von 27,000 fl. kann die Adjudikation des ersteigerten Anwesens gegen Bezahlung von zwei Drittheilen nicht hindern, und noch weniger ein Appellationsgrund für Schneider sein. Denn eben deßwegen, weil die Gläubiger unter sich und mit dem Käufer über der Erlegung des Kaufschillings in Widerspruch sind, ist ein richterlicher Ausspruch nothwendig*), an

---

Obigen nicht schaden können. So viel ist richtig. Allein Anna und Joh. Gierl wollten Schneider's Kauf nur unter der Bedingung gelten lassen, daß er den ganzen Kaufschilling baar bezahle, und diese Bedingung sich gefallen zu lassen, oder einen Prozeß darüber zu führen, daß er weniger baar zu zahlen verbunden sei, oder auch nur zu erwarten, was die Gerichte hierüber aussprechen würden, war Schneider nicht schuldig; d. h. er war auch von Anna und Joh. Gierl seiner Verbindlichkeiten entledigt. „Derjenige, „der bei einer dritten Steigerung das Meistgebot schlägt, ist „überhaupt an dieses nur acht Tage gebunden."

v. Gönner, Kommentar über das Hyp. Ges. zu §. 64. —

*) Nur ist der Meistbietende nicht schuldig, darauf zu warten.

welchen die Gläubiger, sobald er*) Rechtskraft erlangt haben wird, ebenso, wie Joh. P. Schneider, gebunden sind.

„6) Noch weniger kann die Weigerung des Schneider, sich der Adjudikation zu fügen, und dessen Berufung dadurch begründet werden, daß das Landgericht die Fristen des Kaufschillingsrestes nicht gleich bei der Adjudikation ausgesprochen hat. Schneider hat sich nach dem voraus Gesagten durch sein unbedingtes Angebot den gesezlichen Bestimmungen unterworfen, er muß sich jedesmal über die Regulirung der Kaufschillingsfristen mit den Verkäufern einverstehen; oder wenn er sich mit ihnen nicht vereinigen kann, den richterlichen Ausspruch erwarten und sich demselben, sobald er rechtskräftig ist, fügen. Ob nun dies früh oder spät geschehe, kann ihm ganz gleichgiltig sein; denn er kann in keinem Fall, unter dem Vorwande zu hoher Fristen sein Angebot zurücknehmen**).

Uebrigens ist der Vortheil einzig auf seiner Seite; denn er erhält sogleich nach Erlage der ersten Frist zu zwei Drittheilen oder 18,000 fl. und Versicherung des lezten Drittheils den Kaufbrief, und wird in den Besiz des erkauften Guts eingesezt, kann also leichter, als die Gläubiger, die Rechtskraft des über die Fristenbestimmung zu treffenden Urtheils erwarten.***).

„7) Die Appellations-Adhäsion der Anna Maria

---

*) Rechtskraft sezt ein Urtheil und ein Urtheil sezt Verhandlungen voraus.

**) Plus dat, qui cito dat. Ob 9000 fl. (ein Drittheil von 27,000 fl.) in 18 Fristen von Monat zu Monat oder von Jahr zu Jahr, und ob mit oder ohne Zinsen bezahlt werden, macht einen Werth-Unterschied von ungefähr 4000 fl. — Von der Bestimmung der Fristen hängt es also ab, ob der Kaufpreis 27,000 fl. oder 31,000 fl. betragen soll, und so sollte man doch glauben, daß ein Kauf so lange nicht vollendet sei, bevor die Fristenzahlungen regulirt sind.

***) Die Frage ist aber: ob der Käufer das Recht hat, sogleich zu wissen, wann und folglich wie viel er zu bezahlen habe?

Gierl ist auf die Voraussezung gegründet, daß die im Protokolle vom 11. Juli v. J. geschehene Aufforderung zur Erklärung über die Zahlungs-Art auch für die lezte Versteigerung gelte *). Da aber diese unrichtig ist, so fällt ohnehin der Appellationsgrund und mit ihm die Appellation selbst weg, und es kann dieser Appellationsgrund um so weniger Eingang finden, als die lezte Versteigerung ausdrücklich unter Berufung auf den §. 64. des Hyp. Ges., also auf die gesezlichen Bestimmungen, eröffnet worden ist.

Straubing, am 17. Juni 1829.

K. Appellationsgericht des Unterdonau-Kreises

Freiherr von Branca.

(Siegel.)

Sighart, Sekretär."

§. 3.

Nunmehr wendete sich Schneider auch noch an das k. Ober-Appellationsgericht, wo er die Bitte stellte, es mögten die beiden untergerichtlichen Urtheile als nichtig erklärt, und die Verkaufs-Interessenten zur Anstellung förmlicher Klagen — auf Baarzahlung von zwei Drittheilen oder auf Baarzahlung des ganzen Kaufpreises — angewiesen; oder es mögte abändernd erkannt werden, daß Schneider an den Kauf nicht mehr gebunden, ihm also das Gut nicht zu adjudiziren sei. Zur Begründung seines ersten Antrages führte er Folgendes an:

„Es sei gegen ihn keine Klage gestellt; denn Maurer und Hahn hätten sein Angebot verworfen, und „Anna und Johann Gierl hätten es unter der „Bedingung acceptirt, daß er die 27,000 fl. baar bezahle. „Die Verkaufs-Interessenten seien also nicht einig gewesen, „und da er nicht zugleich Käufer und Nichtkäufer sein

*) Gerade dieses beweiset aber, daß das k. Appellationsgericht in dem Thatverhältnisse irrig ist. Die Parteien werden doch am besten wissen, was unter ihren Augen und nach ihrem Verlangen geschah? !

„könne, werde Niemand behaupten wollen, daß gegen ihn „schon durch jene Erklärungen eine Klage angestellt „gewesen sei, zu welcher vielmehr er die Anna und den „Johann Gierl am 16. Nov. 1828 provozirt habe. — „Später habe zwar Maurer seine Meinung geändert, „und behauptet, der Lizitant müsse zwei Drittheile des „Kaufgeldes baar erlegen; allein Anna und Johann „Gierl seien bei ihrem Verlangen, daß der ganze Kauf„preis auf einmal baar abgeführt werden müsse, stehen „geblieben, und hätten dies Verlangen sogar noch in zwei„ter Instanz verfolgt, so daß man wieder nicht behaupten „könne, er sei auf die Baarzahlung des ganzen Kauf„schillings oder auf die Zahlung von zwei Drittheilen be„langt worden. — Könnte man aber doch glauben, daß „bereits eine Klage gegen ihn angestellt sei: so habe er da„gegen doch noch gar nicht exzipirt. Kein unbefan„genes Auge werde in den Akten erster Instanz seine Exzeption „oder auch nur einen gerichtlichen Aufruf dazu finden können. „Von ihm lägen nur drei, das Material der Sache be„treffende, Schriften bei diesen Akten, nämlich seine Ein„gaben vom 25. Okt., 16. Nov. und 29. Dez. 1828. — „Die erste enthalte die Beantwortung der vom Kommissär „am Vormittage des 21. Okt. vergessene und deßwegen „am Nachmittage schriftlich vom Landgerichte an ihn ge„stellte Frage: wie er zahlen wolle? — die zweite „seine Erklärung, daß er nach dem Verlangen der Hypo„theken-Gläubiger vom Kaufe zurücktrete, und es der „Anna und dem Johann Gierl überlasse, ihn auf „Baarzahlung des ganzen Kaufschillings zu belangen; „endlich in seiner dritten Eingabe habe er sich gegen den „angekündigten landgerichtlichen Beschluß verwahrt. Nir„gends habe er also exzipirt, nirgends seine Einreden voll„ständig angedeutet und noch weniger ausgeführt, und „wenn Jemand glauben wollte, es wären doch in seiner „dritten Eingabe einige Einreden angedeutet worden, so „werde er doch nicht behaupten wollen, dies sei seine „Exzeptionschrift gewesen, weil er die Absurdität behaupten

„müßte, die Exzeption sei nach Fällung des erst-„richterlichen Urtheils eingereicht, und da-„durch dieses vermeintliche Urtheil von der ihm „anklebenden Nichtigkeit geheilt worden.“

Das vom k. Ober-Appellationsgerichte hierauf geschöpfte „Erkenntniß“ lautet, wie folgt:

„Seine königliche Majestät

„erkennen in Sache des Johann Paul Schneider in „Straubing gegen die Gregor gierlischen Eheleute „zu Münchshöfen und deren Gläubiger, wegen Adjudi-„kation, zu Recht, und bestätigen das Erkenntniß des „königlichen Appellations-Gerichtes für den Unterdonau-„kreis vom 17., verkündet am 30. Juli 1829 unter Ver-„urtheilung des Revidenten in die Kosten dieser Instanz „und in ein Succumbenzgeld von zehn Thalern.

Entscheidungsgründe.

„Johann Paul Schneider verbindet mit seiner Revisions-Beschwerde auch die Berufung darüber, daß das Erkenntniß der ersten Instanz nicht als nichtig aufgehoben wurde; allein seine Beschwerden sind ungegründet, da eine Veranlassung zur Einleitung einer instruktiven Verhandlung nicht vorlag; der Revident zum Ueberflusse über die Zahlungsart des Kaufschillings gehört wurde und es nur auf die Erklärung der Interessenten, ob sie das gemachte Kaufsangebot genehmigen, ankam.

„Anbelangend die Beschwerde in der Hauptsache *) so ist zu bemerken:

---

*) In wie ferne das k. Ober-Appellationsgericht Willens war, „in der Hauptsache“ den J. P. Schneider zu verurtheilen, daß er zwei Drittheile des Kaufschillings baar erlegen müsse: so beruhte dieses Urtheil, (wie das appellationsgerichtliche) auf den unrichtigen Voraussezungen:

1) daß wenn eine gerichtliche Versteigerung „mit Rück-

„a) Paul Schneider hat sich über die Zahlungsart bei der Versteigerung nicht erklärt, sondern ohne irgend einen Vorbehalt das höchste Angebot geschlagen und das Protokoll unterschrieben.

„b) Sein Vorgeben, daß in dem ersten Lizitations-Protokoll die Bestimmung der Zahlungsart der besondern Uebereinkunft überlassen worden sei, ist unrichtig; — es ist aber auch unerheblich, weil es nur auf jene Modalitäten ankommen kann, unter welchen die dritte Versteigerung ausgeschrieben wurde. In dieser Ausschreibung wurde mehr nicht gesagt, als daß das Anwesen mit Rücksicht auf §. 64. des Hypotheken-Gesezes zum dritten und leztenmal versteigert würde.

„c) Der Revident hätte also, wenn er eine baare Zahlung des ganzen Kaufschillings seinen Verhältnissen nicht*) für angemessen hielt, seine

---

sicht auf §. 64. des Hyp. Ges." vorgenommen wird, lediglich die gesezliche Zahlungsart eintrete;

2) daß man nicht annehmen dürfe, es seien bei der dritten Steigerung dieselben Bedingungen stillschweigend zu verstehen, welche bei den ersten Steigerungen angegeben worden sind; und

3) daß im vorliegenden Falle (ungeachtet Hahn u. Maurer es gesagt haben und selbst A. Gierl nicht vollkommen leugnete) nicht verabredet war, „man müsse „sich mit dem Käufer über die Zahlungsart „erst einverstehen."

*) Von seinen Verhältnissen kann wohl bei der Entscheidung dieses Prozesses keine Rede sein? — Nebstdem wird sich in die Worte: „baare Zahlung des ganzen Kaufschillings" ein Schreibfehler eingeschlichen haben; denn wenn das Gesez für den Fall, daß über die Zahlungsart keine Abrede getroffen wird, befiehlt, der Käufer müsse zwei Drittheile baar erlegen, so folgt daraus unmöglich, daß der Käufer, um der Baarzahlung des ganzen Kaufgeldes zu entgehen, Vorschläge über die Zahlungsart mit seinem Angebote verbinden müsse.

Vorschläge über die Zahlungsart um so mehr sogleich mit seinem Angebote verbinden sollen, als es — wenn nicht Ausnahmen bedungen sind — bei der allgemeinen Regel, wornach der Käufer längstens binnen drei Tagen wenigstens zwei Drittheile des Kaufschillings baar bei Gericht erlegen, den Rest aber auf leidliche — annehmbare Fristen versichern muß, zu verbleiben hat. Die Interessenten können daher nicht für verbunden gehalten werden, sich nachträgliche Vorschläge gefallen zu lassen.

„d) Da die gierlschen Eheleute nicht gantmäßig, sohin vorzüglich sie bei dem gemachten Angebote betheiligt sind, so kann es ihnen nicht präjudiziren, wenn auch einige ihrer Gläubiger auf eine neue Versteigerung antrugen.

„Demnach war wie geschehen zu erkennen.

München am 23. Januar 1836.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Baiern.

von Ritter.

(Siegel.)

Sekr. Frankl."

§. 4.

Was ist nun die rechtliche Folge der ergangenen Erkenntnisse, insbesondere des oberappellationsgerichtlichen? Muß nun Joh. Paul Schneider zwei Drittheile des Kaufschillings bezahlen, oder darf das Gut, wenn er nicht zahlt, auf seine Gefahr verkauft und ein allenfallsiger Minderlös von ihm exekutiv erholt werden? Dies wird in den nachstehenden Säzen beantwortet:

I) Ein Adjudikations-Dekret ist kein Urtheil, sondern nur die richterliche Erklärung und das Zeugniß über die Thatsache, daß gekauft sei *); oder noch bestimmter: es ist die vom Gerichte, Namens der Verkäufer, ausgesprochene Acceptation des Kaufangebotes. Adjudika-

*) Mittner der baierische Gantprozeß. (Landshut 1814 b. Krüll.) S. 163, 175 u. f.

tions-Dekrete erwachsen diesemnach nicht in Rechtskraft, und es ist eben so wenig denkbar, daß, auf den Grund eines Adjudikations-Dekrets allein, die Exekution gegen den Käufer verfügt werden könne, als es undenkbar ist, daß die von einem Privaten außergerichtlich erklärte Acceptation eines außergerichtlichen Kaufangebotes die Exekution nach sich ziehe.

In beiden Fällen, sowohl bei dem gerichtlichen, als bei dem außergerichtlichen Verkaufe, bleibt dem Verkäufer, wenn der Käufer seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen will, nichts übrig, als gegen den lezteren, und zwar, weil von einer persönlichen Klage die Rede ist, vor seinem ordentlichen Richter *) Klage zu stellen. — Da Adjudikations-Dekrete nicht in Rechtskraft erwachsen: so versteht sich zwar wohl von selbst, daß dagegen eigentliche Berufungen nicht nothwendig sind; allein es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß sowohl dem Verkäufer als dem Käufer ein Rekurs an den höhern Richter in dem Falle erlaubt sei, wenn er glaubt, daß der untere Richter das Kaufangebot unrichtig acceptirt habe, oder daß das Adjudikations-Dekret, seinem Inhalte nach, den verabredeten oder gesezlichen Kaufsbedingen nicht angemessen sei. Denn es es wird immer, wenn von einem Adjudikations-Dekrete überhaupt die Rede ist, vorausgesezt, daß es mit dem Kaufangebote und den Gesezen übereinstimmen müsse. Wird übrigens ein Rekurs dieser Art ergriffen und von dem Obergerichte ein Ausspruch erlassen, gegen den ein weiterer Rekurs nicht eingelegt wird, oder nicht mehr eingelegt werden kann; so bringt dies, in Absicht auf die Wirkung des Adjudikations-Dekretes, nur die Folge hervor, daß über die Frage, ob das Adjudikations-Dekret dem Kaufangebote, den verabredeten oder gesezlichen Bedingungen des Kaufes angemessen gewesen sei?

---

*) Cod. Maxim. bav. civ. Th. 4. Kap. 3. §. 18. Anmerkungen z. a. O. f.

kein weiterer Streit mehr geführt, und daß also von dem Käufer, wenn er des Kaufs wegen belangt wird (unbeschadet seiner übrigen Einreden) — die Uebereinstimmung des Adjudikations-Dekrets mit den Kaufbedingungen und mit den Gesezen nicht mehr in Abrede gestellt werden kann. In diesem Sinne allein mag behauptet werden, daß ein Adjudikations-Dekret Rechtskraft erlange. Im vorliegenden Falle steht daher durch das oberappellationsgerichtliche Urtheil, es mag dieses auf richtigen oder unrichtigen Voraussezungen beruhen, rechtskräftig fest, daß dem Johann Paul Schneider das Gregor gierlische Gut unter der Bedingung zu adjudiziren war, daß derselbe zwei Drittheile des Kaufgeldes baar erlegen müsse.

II. Eine andere Frage ist aber: ob das k. Landgericht Straubing noch am 24. Dezember 1828 das Adjudikations-Dekret erlassen konnte, d. h. ob Schneider damals noch schuldig war, den Kauf zu halten, nachdem der Reluitions-Termin längst abgeschlossen gewesen ist, die Hypothekar-Gläubiger, Maurer und Hahn, ihn des Kaufes bereits entlassen, und Anna und Johann Gierl erklärt hatten, sie wollten das Kaufangebot nur unter der Bedingung annehmen, wenn der ganze Kaufschilling sogleich erlegt würde? — Diese Frage ist weder instruirt, noch ist darüber irgend ein Erkenntniß erlassen worden. Denn Johann Paul Schneider hat sich, als das k. Landgericht Straubing ihm am 24. Dezember 1828 die Eingabe des Direktors Maurer mittheilte und die Eröffnung eines Beschlusses ankündigte, zwar gegen die Adjudikation unter der Behauptung verwahrt, daß er seiner allenfallsigen dieses Kaufs wegen ihm obgelegenen Verbindlichkeiten entlediget sei rc., er hat aber nirgends die Gründe erschöpfend angegeben und noch weniger ausgeführt, warum er an den Kauf nicht mehr gebunden sei, oder warum dieses Kaufes wegen keine Klage mehr gegen ihn angestellt werden könne. Das königliche Landgericht hat auf diese Verwahrung gar nicht verfügt; also um so weniger darüber abgeurtheilt, und darauf, daß

diese

diese zweite Hauptfrage noch gar nicht instruirt sei, hat Schneider zwar das königliche Appellations- und Ober-Appellationsgericht aufmerksam gemacht, und er hat bei diesen beiden Gerichtshöfen die Bitte gestellt, das landgerichtliche Adjudikations-Dekret aufzuheben, und vorerst über diese zweite Frage die Verhandlungen zu eröffnen; allein keiner der beiden hohen Gerichtshöfe hat hierüber oder über die Nichtigkeits-Beschwerde ein Urtheil erlassen. Das königliche Appellationsgericht macht hiervon weder in seinem Urtheile, noch in den Entscheidungsgründen dazu die geringste Erwähnung, und das königliche Ober-Appellationsgericht wollte, wie das Rubrum: „wegen Adjudikation" — beweiset, nur die erste Frage: „ob „das Adjudikations-Dekret den Kaufs-Unter„handlungen angemessen sei?" erledigen. Es sagt nur in den Entscheidungsgründen: „daß zu einer „weitern Instruktion keine Veranlassung vorliege, weil es nur „auf die Acceptation des Angebotes von Seite der Verkäu„fer ankomme," was nur unter der Voraussetzung richtig ist, wenn blos die Frage entschieden werden will: unter welchen Modalitäten das Gut zu adjudiziren sei? hingegen dann unrichtig wäre, wenn es sich darum fragt: „ob der Käufer, wegen später eingetretener „Umstände seiner Verbindlichkeiten wieder ent„lediget worden sei?" — Wenn daher die Verkaufs-Interessenten, auf den Grund des ober-appellationsgerichtlichen Urtheils, gegen Johann Paul Schneider auf Vollziehung des Kaufs oder seiner Zeit auf Ersaz des Minder-Erlöses Klage stellen wollen: so wird es dem Joh. P. Schneider allezeit freistehen, die Einrede geltend zu machen, daß er an den Kauf nicht mehr gebunden sei.

III. Wollte man glauben, daß das königliche Ober-Appellationsgericht die von Schneider angekündigte Nichtigkeits-Klage bereits abgewiesen habe (was eine Unmöglichkeit ist, weil — von dem oben angedeuteten Grunde abgesehen — diese Abweisung in den Entscheidungsgründen

gesucht werden müßte, und weil Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft erwachsen): so würde man dem k. Ober-Appellationsgerichte den Vorwurf machen, daß es selbst ein nichtiges Erkenntniß erlassen habe. Denn das unterliegt wohl keinem Zweifel, daß über die Frage, ob Schneider an den Kauf noch gebunden sei, nicht verhandelt worden ist, und daß darüber in erster Instanz nicht abgeurtheilt, folglich auch die Sache zur Entscheidung der Obergerichte noch nicht reif, sondern von diesen lediglich an die erste Instanz zu verweisen war. Unter dieser Voraussezung würde dem J. P. Schneider das Recht unbezweifelt zukommen, klag- und exzeptionsweise das ober-appellationsgerichtliche Urtheil als nichtig anzufechten, und bei dem k. Staats-Ministerium der Justiz die Bitte zu stellen, daß, wenn er als Kläger auftrete, ein Gericht erster Instanz benannt und jedenfalls darüber gewacht werde, daß in den Ober-Instanzen die Sache seiner Zeit von solchen Gerichtsgliedern bearbeitet und entschieden werde, welche an den bisherigen Urtheilen keinen Theil genommen haben.

XVII.

Gerichtstand der beiden Erzbischöfe, des vom Könige zum Reichsrathe ernannten Bischofs und des jedesmaligen Präsidenten des protestantischen Ober-Konsistoriums.

Von

J. B. Sartorius.

In der Streitsache der Freifrau von Hutten zu Steinbach gegen die Freiherrn von Gebsattel, Forderung betr., wieß das königliche Kreis- und Stadtgericht Schweinfurt am 29. März 1830 die erhobene Klage ab, weil sich unter den Beklagten der Erzbischof Freiherr von Gebsattel zu München befand, welcher nach Tit. VI. §. 2. Nr. 3 der Verfassungs-Urkunde und nach §. 11 der Beilage V hierzu einen befreiten Gerichtstand in erster Instanz vor dem Appellationsgericht des Kreises, in welchem er seinen Wohnort hat, oder wo seine Besizungen liegen, haben sollte. Weil nun der höhere Gerichtstand den niedern der andern Beklagten nach sich zieht, hielt sich das Kreis- und Stadtgericht nicht für zuständig.

Auf erhobene Berufung bestätigte das königliche Appellationsgericht für den Unter-Mainkreis am 16. Juli 1830 diesen Ausspruch aus folgenden Gründen:

„Nach dem konstitutionellen Geseze vom 9. März 1828 (Reg. Bl. v. 1828. St. II) wurde den Erzbischöfen des Königreichs die Würde eines erblichen Reichsrathes ertheilt; diese Würde ist demnach mit dem erzbischöflichen

Amte für immer und unzertrennlich verbunden, und der Ueberkommer des erzbischöflichen Amtes überkommt auch immer diese Würde, welche er, solange er dieses Amt bekleidet, besizt.

„Die Würde eines erblichen Reichsrathes gibt aber dem Besizer derselben auch das Recht des Anspruchs auf die damit verbundenen Vortheile und Vorzüge. Als ein solcher stellt sich nach §. 11 der Beilage V zur Verfassungs-Urkunde das Recht eines befreiten Gerichtstandes vor den Appellationsgerichten des Königreichs dar, in deren Bezirk der Besizer dieser Würde wohnt, oder seine Güter hat. Da nun die Klägerin ihre Klage auch gegen den Erzbischof Freiherrn von Gebsattel zu München stellte, so war das königliche Kreis- und Stadtgericht Schweinfurt nicht kompetent, weil der Erzbischof seinen Gerichtstand vor demjenigen Appellationsgerichte hat, wo er wohnt, oder wo seine Güter gelegen sind, dieser höhere Gerichtstand desselben aber den niederen Gerichtstand seiner beiden Brüder als Streitgenossen nach sich zieht.

„Der Ausspruch des königlichen Kreis- und Stadtgerichtes Schweinfurt war daher lediglich zu bestätigen.“ —

Diese Entscheidung scheint ganz unrichtig zu sein; die Gegengründe, womit sie auch wirklich, jedoch vergebens, bestritten wurde, sind folgende:

„1) Daß die Freiherrn von Gebsattel, insoferne sie sämmtlich in dem Bezirke des königlichen Kreis- und Stadtgerichts Schweinfurt begütert sind, auch bei diesem Gerichte belangt werden können, hierüber kann im Allgemeinen nach den klaren gesezlichen Bestimmungen kein Zweifel obwalten; denn die Beilage V der Verfassungs-Urkunde des Reichs, nämlich das Edikt über den Adel im Königreiche Baiern vom 26. Mai 1818, bestimmt im §. 11 wörtlich, daß die Adeligen einen von der Gerichtsbarkeit der Landgerichte befreiten Gerichtstand in bürgerlichen Fällen vor den Kreis- und Stadtgerichten des Kreises, in welchem sie wohnen oder begütert sind, in erster Instanz genießen.

„2) Daß aber der Eine der beklagten Freiherrn von

Gebsattel mit der Würde eines Erzbischofs zu München und Freising bekleidet, und sonach in Gemäßheit des Tit. VI. §. 2. Nr. 3 der Verfassungs-Urkunde Mitglied der Kamer der Reichsräthe ist, kann nicht als ein gesezlicher Grund der Inkompetenz des königlichen Kreis- und Stadtgerichts Schweinfurt in Beziehung auf denselben angesehen werden. Denn:

„a) Nach den Bestimmungen der Verfassungs-Urkunde und ihrer Beilage V ist der privilegirte Gerichtstand vor den königlichen Appellationsgerichten in erster Instanz nicht den Reichsräthen überhaupt, sondern nur den erblichen Reichsräthen verliehen.

„b) Die Verfassungs-Urkunde legt aber im Tit VI. §. 2. Nr. 4 und 6 nur zwei Klassen von Reichsräthen das Prädikat erblich ausdrücklich bei, nämlich den Häuptern der ehemals reichständischen fürstlichen und gräflichen Familien und den von dem Könige unter den Bedingungen des §. 3 a. a. O. mit Verleihung des Vererbungsrechtes ernannten Reichsräthen.

„c) Bei der ersten Klasse erblicher Reichsräthe ist der erwähnte privilegirte Gerichtstand nicht einmal erst eine Folge der ihnen zukommenden Reichsraths-Würde, indem nach Beilage IV zur Verfassungs-Urkunde, nämlich dem Edikte über die staatsrechtlichen Verhältnisse der vormals reichständischen Fürsten, Grafen und Herrn, §. 6 dieser privilegirte Gerichtstand schon zu den persönlichen Vorzügen der Standesherrn gehört.

„d) Dagegen ist allerdings bei der zweiten Klasse der Reichsräthe dieser privilegirte Gerichtstand einzig und allein ein aus dem Bekleidetsein mit dieser Würde hervorgehender Vorzug.

„e) Nach Tit. VI. §. 3 der Verfassungs-Urkunde kann aber diese erbliche Reichsraths-Würde selbst nur solchen Personen zukommen, welche zum Adel gehören, das volle Staatsbürgerrecht im Königreiche haben, und im Königreiche ein mit dem Lehen- oder Fideikommiß-Verbande belegtes Grundvermögen besizen,

von welchem sie an Grund- und Dominikal-Steuern in simplo 300 Gulden entrichten, und wobei eine agnatisch-linealische Erbfolge eingeführt ist, und welchen endlich das Recht der Vererbung der Reichsraths-Würde in Verbindung mit den Gütern nach dieser Erbfolgeordnung verliehen ist.

„f) Es sind daher selbst nur adelige Gutsbesizer, welchen im §. 11 der Beilage V zur Verfassungs-Urkunde der privilegirte Gerichtstand vor den königlichen Appellationsgerichten in erster Instanz wegen der ihnen mit dem Rechte der Vererbung verliehenen Reichsraths-Würde, und zwar als eine Auszeichnung vor den übrigen Adeligen, eingeräumt worden ist.

„g) Nach allen diesen Bestimmungen steht also den Erzbischöfen, welche an und für sich weder in die eine noch in die andere Kategorie dieser erblichen Reichsräthe gehören, der erwähnte privilegirte Gerichtstand nicht zu.

„h) Dieser Gerichtstand kann denselben aber auch nicht in Folge des Gesezes von 9. März 1828, die Bildung der Kamer der Reichsräthe betr., als zukommend erachtet werden. Denn wenn dieses Gesez im Art. I bestimmt, daß bei der Bemessung des in dem Tit. VI. §. 4 der Verfassungs-Urkunde festgesezten Zahlenverhältnisses zwischen den erblichen und lebenslänglichen Reichsräthen bei den Ersteren außer den Häuptern der ehemals reichständischen fürstlichen und gräflichen Familien und den vom Könige mit Verleihung des Vererbungsrechtes ernannten Reichsräthen (Verf. Urk. Tit. VI. §. 2. Nr. 4 u. 6. dann §. 3.) auch noch die beiden Erzbischöfe zu zählen seien; so ist hiermit keineswegs ausgesprochen, daß dieselben auch in andern Beziehungen, als bei der Bemessung des fraglichen Zahlenverhältnisses, als erbliche Reichsräthe zu betrachten, und überhaupt in rechtlicher Beziehung den wirklichen erblichen Reichsräthen gleichgestellt

seien, und sonach alle Privilegien derselben in Anspruch nehmen können. Bekanntlich sind Privilegien im Falle der Zweideutigkeit im strengsten Sinne zu nehmen, und nicht mittels der Auslegung von einer Person auf die andere auszudehnen.

L. 3. D. de constit. princ. (1. 4.) Cap. 19. X. de privil. (5. 33.) Cap. 6. X. de donat. (3. 24.) Cod. Max. bav. civ. Th. I. Kap. 2. §. 16. Nr. 7.

„i) Gerade daraus, daß das Gesez vom 9. März 1828 die Erzbischöfe nicht allgemein, sondern nur in einer gewissen ganz genau bestimmten Beziehung zu den erblichen Reichsräthen zählt, muß gefolgert werden, daß die Erzbischöfe im Uebrigen nach der Natur der Sache und des ihnen aufliegenden Cölibates, so wie in Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauche nicht als erbliche Reichsräthe zu betrachten sind, daß daher denselben der blos den erblichen Reichsräthen bewilligte Gerichtstand nicht zukommt.

„k) Daß der Erzbischof von München und Freising zugleich adeliger Gutsbesizer ist, kann natürlich hierin nichts ändern, da sein Gutsbesiz mit seiner Reichsraths-Würde außer Verbindung steht."

Gegen den Ausspruch des königlichen Appellationsgerichtes wurde die Oberberufung ergriffen, und das königliche Ober-Appellationsgericht des Reichs, übereinstimmend mit den vorgetragenen Grundsäzen, erkannte am 11. Dezember 1830 abändernd zu Recht: daß der mitbeklagte Herr Erzbischof seinen befreiten Gerichtstand in erster Instanz nicht bei einem königlichen Appellationsgerichte, sondern bei dem einschlägigen Kreisgerichte habe, und daher das königliche Kreis- und Stadtgericht Schweinfurt auf die Klage nunmehr das weitere Geeignete zu erkennen oder zu verfügen habe."

Die Entscheidungsgründe folgen hier nach:

„Nach dem Edikte über den Adel im Königreiche (Beil. V. zur Verf. Urk.) §. 11. haben zwar die erblichen

Reichsräthe den befreiten Gerichtstand bei den Appellations-gerichten desjenigen Kreises, in welchem sie ihren Wohnort haben, oder wo ihre Besizungen liegen, in erster Instanz; allein nach der Verfassungs-Urkunde Tit. VI. §. 2. sind die Erzbischöfe nur im Allgemeinen als Mitglieder der ersten Kamer, keineswegs aber als erbliche Reichsräthe erklärt, und es treten auch bei ihnen die nach §. 3. a. a. O. hierzu nothwendigen Voraussezungen nicht ein, weßwegen sie auch schon bei der im Jahre 1819 bekannt gemachten Bildung der ersten Kamer nicht unter den erblichen Reichsräthen, sondern in einer besondern Rubrik aufgeführt sind*).

„Die erbliche Reichsraths-Würde ist ihnen auch durch das Gesez vom 9. März 1828 nicht ertheilt worden, und zwar weder nach seinem Wortlaute, noch nach seinem Sinne.

„Nicht nach seinem Wortlaute; — denn es geschieht darin weder von dem Vererbungsrechte, noch von dem fraglichen befreiten Gerichtstande eine Erwähnung, und es wäre doch hierüber, als über eine neue Verleihung, eine ausdrückliche Erklärung um so mehr nothwendig gewesen, als Privilegien der strengsten Auslegung unterliegen.

„Aber auch der Sinn dieses Gesezes geht nicht dahin, daß diese erbliche Würde und der damit verbundene befreite Gerichtstand auf die Erzbischöfe ausgedehnt wurden oder ausgedehnt werden wollten. Die Veranlassung zu diesem Geseze gab die Bestimmung des Tit. VI. §. 4. der Verfassungs-Urkunde, wonach die Zahl der lebenslänglichen Reichsräthe den dritten Theil der erblichen nicht überschreiten darf. Da die Verfassungs-Urkunde über dieses Zahlenverhältniß keine bestimmte Norm enthält, so wurde eine solche durch das erwähnte Gesez herzustellen und blos in dieser Beziehung die Verfassungs-Urkunde zu erläutern gesucht. Nur diese, keine andere Absicht lag dem Geseze

*) Allgem. Intelligenz-Blatt des Königreichs Baiern v. 1819. St. I. S. 7.

zum Grunde, und die Frage: ob die Erzbischöfe als wirkliche erbliche Reichsräthe mit den damit verbundenen Vorzügen zu betrachten seien? war gar kein Gegenstand des Gesezesentwurfs und der Berathung der Stände, wie dies aus den den Ständen vorgelegten Motiven hierzu*) und aus dem Inhalte des Gesezes selbst hervorgeht. Sogleich im Art. I. wird gesagt, daß dieses Gesez nur erlassen worden sei, um nach Tit. VI. §. 4. der Verfassungs-Urkunde das festgesezte Zahlenverhältniß zwischen den erblichen und lebenslänglichen Reichsräthen bemessen zu können, und es wird dabei nicht mehr ausgesprochen, als daß in der Berechnung der Zahl der erblichen und lebenslänglichen Reichsräthe bei den Ersteren auch die Erzbischöfe zu zählen seien, wodurch deutlich genug ausgedrückt ist, daß man die Erzbischöfe nicht als wirkliche erbliche Reichsräthe erklären wollte, sondern daß sie in Bezug auf Tit. VI. §. 4. der Verfassungs-Urkunde bei den erblichen Reichsräthen nur mitgezählt werden sollen.

„Da also die Erzbischöfe durch kein Gesez als wirkliche erbliche Reichsräthe erklärt sind, und nur diesen nach dem Adelsedikte der bevorzugte Gerichtsstand bei den königlichen Appellationsgerichten in erster Instanz zusteht, so haben die Erzbischöfe keinen Anspruch auf diesen Vorzug, sondern sie sind in erster Instanz bei dem einschlägigen Kreisgerichte zu belangen.“ —

Was von den Erzbischöfen gilt, das ist auch auf den von dem Könige aus der Zahl der Bischöfe ernannten Reichsrath und den jedesmaligen Präsidenten des protestantischen Ober-Konsistoriums anwendbar, denn diese Personen sind in der Verfassungs-Urkunde Tit. VI. §. 2. und in dem Geseze vom 9. März 1828, Art. I. einander gleichgestellt. Zu bemerken ist, daß in dieser Hinsicht das königliche Staats-Ministerium der Justiz eine an das Appellations-

---

*) Verhandlungen der zweiten Kamer der Ständeversammlung des Königreichs Baiern im J. $18\frac{27}{28}$ amtlich bekannt gemacht. (München 1828). Beil. Bd. VIII. S. 4 u. folg.

gericht für den Oberdonaukreis in der Untersuchung gegen Josepha Kapfer am 16. November 1830 ergangene Entschliessung den übrigen Appellationsgerichten zur Wissenschaft mittheilte. Der Inhalt derselben ist im Wesentlichen folgender:

„Wir haben Uns über die Frage: ob die durch das Gesez vom 9. März 1828 den erblichen Reichsräthen beigezählten Erzbischöfe, der Bischof und der Präsident des Ober-Konsistoriums hierdurch auch den befreiten Gerichtstand vor den königlichen Appellationsgerichten erlangt haben? in Unserem Staatsrathe ausführlichen Vortrag erstatten lassen, und in Erwägung,

„1) daß das obige Gesez nur die Festsezung der Rechte der Krone hinsichtlich des quantitativen Verhältnisses der von ihr zu ernennenden lebenslänglichen Reichsräthe, keineswegs aber die Ertheilung neuer Rechte an einzelne Mitglieder der Kamer der Reichsräthe bezweckte und nach dem bestehenden gesezlichen Verhältnisse bezwecken konnte, indem

„2) der §. 11. des Ediktes V. zur Verfassungs-Urkunde nur von dem Rechte des Adels und den vermöge desselben hierzu gehörigen Reichsräthen handelt, folglich nur von den Reichsräthen im Sinne des §. 3. Tit. VI. der Verfassungs-Urkunde spricht, weil nur diese den adeligen Gutsbesizern angehören müssen, daher

„3) auf die Erzbischöfe, den Bischof und den Präsidenten des protestantischen Ober-Konsistoriums, welche für erbliche Reichsräthe erklärt sind, dasjenige was im §. 11. a. a. O. über das Forum, der durch den Gutsbesiz zu den erblichen Mitgliedern der Kamer der Reichsräthe gehörigen Adeligen bestimmt wird, nicht angewendet werden kann, und zwar um so weniger, als

„4) eine solche Ausdehnung eines die Gleichheit vor dem Geseze betreffenden Gesezes namentlich und wörtlich geschehen sein müßte,

„beschlossen: daß die beiden Erzbischöfe, der von Uns zum Reichsrathe ernannte Bischof, so wie der Präsi-

dent des protestantischen Ober-Konsistorium auf das Vorrecht eines privilegirten Gerichtstandes vor den Appellationsgerichten keinen Anspruch haben, sondern ihren privilegirten Gerichtstand, wie bisher, bei den einschlägigen Kreis- und Stadtgerichten behalten.

„Hiernach hat sich das Appellationsgericht für den Oberdonaukreis in der Untersuchungsache wider Josepha Kapfer, so wie in allen übrigen vorkommenden Fällen zu achten.“

Diese Entschließung, so sehr man auch ihren Grundsäzen und dem daraus gezogenen Resultate beistimmen muß, ist indessen verfassungswidrig, und hat also keine bindende, gesezliche Kraft; denn es wurde gegen den Tit. VII. §. 2. der Verfassungs-Urkunde gehandelt, indem man ohne den Beirath und die Zustimmung der Stände den §. 11. der Beilage V. zur Verf. Urk. und das Gesez vom 9. März 1828 authentisch zu erläutern suchte, und den Gerichten vorschrieb, wie sie einen gegebenen Fall subsumiren und aburtheilen sollen. Die Gerichte, welche nach Tit. VIII. §. 3. der Verf. Urk. innerhalb der Gränzen ihrer amtlichen Befugniß unabhängig sind, haben sich nach einer solchen Vorschrift nicht zu achten, sondern nach den Gesezen und nach ihrer Ueberzeugung zu handeln, welche leztere durch die vorstehende Darstellung gegen den appellationsgerichtlichen Gerichtstand in Anspruch genommen sein wird.

XVIII.

Ueber die Annahme des Todes statt der Eidesleistung bei Juden.

Von

J. B. Sartorius.

In dem ersten Bande dieser Rechtsfälle S. 344 — 355 ist die Meinung vertheidigt worden, daß die Gerichtsordnung Kap. 13. §. 2. Nr. 7. auch auf Juden Anwendung finde, obgleich diese Stelle von einem christlichen Versterben spricht. Schon jenesmal, als ich den Aufsaz erhielt, konnte ich mich von der aufgestellten Ansicht nicht überzeugen, und da sie mittlerweile auch in einem vorgekommenen Falle von dem königlichen Appellationsgerichte für den Untermainkreis verworfen worden ist, kann ich mich nicht enthalten, hier dieselbe im Interesse der Rechtspflege zu bestreiten.

Nach der Ger. Ord. a. a. O. gilt nur bei demjenigen, welcher sich zum Eide schon gerichtlich angeboten hat, vor der wirklichen Eidesleistung aber christlich stirbt, ohne daß er seines Orts jemals mit dem Schwure säumig gewesen, und weder seines geführten Lebenswandels wegen, auch noch sonst ein erhebliches Bedenken gegen sich hat, der Tod statt des Eides, dieser wird mithin für geleistet gehalten, und es steht zur richterlichen Ermäßigung, ob man die Erben des Verstorbenen in diesem Falle zum Glaubenseide anhalten wolle oder nicht, welches nicht nur bei dem Haupteide, sondern auch bei allen andern von dem richterlichen Auftrage abhängigen Eiden, so weit sich obige Erfordernisse dabei befinden, beobachtet werden soll.

Das christliche Versterben ist also eine wesentliche Anforderung, und dieses kann natürlich blos bei Christen Statt finden. Christlich Versterben heißt in der eigentlichen Wortbedeutnng nichts Anderes, als in der christlichen Religion oder als Christ versterben, und wenn auch uneigentlich bisweilen das Wort „christlich" für „fromm, ehrlich" u. s. w. in der gemeinen Umgangsprache, wobei man eben nicht auf scharfe Bezeichnungen strenge sieht, gebraucht wird, so gibt diese Abweichung von der Regel doch keinen hinlänglichen Grund ab, um unbedenklich anzunehmen, der Gesezgeber habe seine Pflicht, alle Worte mit Vorbedacht zu wählen versäumt, und den Ausdruck „christlich" in einer solchen uneigentlichen Bedeutung gebrauchen wollen. Man bedient sich ja auch des Wortes „Juden" mitunter als gleichbedeutend mit gewinnsüchtigen hinterlistigen Menschen, welchem Rechtsgelehrten aber könnte einfallen, deßhalb einem Geseze, welches von Juden spricht, diese ausnahmsweise Bedeutung zu unterstellen?! Uebrigens habe ich zwar schon von Christen gehört, daß sie redliche christliche Leute genannt wurden, und hier bezog sich auch das Wort „christlich" mehr auf den sittlichen Werth, als auf das Glaubensbekenntniß, den ehrlichsten Juden aber habe ich noch nie mit diesem Beiworte belegt werden gehört.

Der Ausspruch der Ger. Ord. ist theils schon an sich so klar, daß der Fall einer künstlichen Auslegung nicht gegeben ist, theils läßt sich nicht anders denken, als daß die Gesezgebung im Jahre 1753, wo die Ger. Ord. ihr Dasein erhielt, und in Baiern die Juden gedrückt und gehaßt waren, die Anhänger des mosaischen Glaubens mit den Christen nicht auf gleiche Stufe habe stellen wollen, und jenen nicht das selige und religiöse Sterben zutraute, wie diesen. Kreitmayr gibt in den Anmerkungen über den Cod. civ. Th. V. Kap. 20. §. III. von der damaligen Verächtlichkeit der Juden ein ziemlich klares Bild. „In Baiern," sagt er, „sollen sich schon vor Christi Geburt Juden „gefunden haben. Wie und wann man sie aber daraus

„vertrieben habe, siehe bei Fünsterwald baier. Hist. „p. 1443. 1575. Seit der Zeit darf sich kein Jude ohne „kurfürstliche Spezial-Concession in den Kurlanden mehr „aufhalten, die durchreisenden aber müssen bei der ersten „Mautstation einen Geleitsbrief nehmen, außer dem Sab„bath nirgends zweimal übernachten, dem nächsten Wege „nach durch das Land ziehen, und sich hierunter dem Ge„leitsbriefe durchaus gemäß bezeigen. In der obern Pfalz „ist nur ein einziger Ort, nämlich zu Schnaitach Pflege„amts Rottenberg, allwo die Judenschaft für beständig „tolerirt und ansäßig ist. Dessenungeachtet findet die Juden„schaft hier und dort allerhand Wege, sich einzuschleichen, „und es trifft allerdings bei ihr ein, was Tacitus „(Hist. L. 1. c. 22.) von den Astrologen oder Sterndeutern „spricht: Est genus hominum, quod semper vetatur, „semper toleratur." Wer findet es nun nicht folgerecht, daß die Ger. Ord. blos bei Christen einen so seligen Tod voraussezte, welcher statt eines Eides gelten kann, und daß sie die Juden mit weit feindlicheren Augen ansah?! So sind also sowohl dem Wortlaute, als dem Geiste des Gesezes nach die Juden im Nachtheile; denn ich glaube, daß man nur dann, wenn man von diesen vernunftgemäßen und geschichtlichen Ansichten ruhig prüfend ausgeht, eben so der juristischen Strenge, als dem römischen Grundsaze der L. 17. D. de legibus (1. 4.) treu verbleibt: „Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem."

Der Vertheidiger der gegentheiligen Meinung führt an: „Der Grund des Gesezes: L. 6. C. ad leg. Jul. re„petund. (9. 27. *)), auf welches die Verfügung der Ge„richtsordnung Kap. 13. §. 2 Nr. 7. sichtbar sich gründe, „sei kein anderer, als die Voraussezung, daß der gewis„senhafte Mensch, wenn er einmal zur Leistung des Eides „sich gerichtlich erboten habe, in dem Zeitpunkte, in wel-

*) „Neminem divini timoris, contemnendo jusjurandum, arbitramur immemorem, ut saluti propriae ullum commodum anteponat."

„chem alle irdischen Dinge für ihn ihren Werth verloren „hätten, gewiß sein Anerbieten zurückgenommen hätte, wenn „er der Unwahrheit des von ihm zu Beschwörenden sich be„wußt gewesen wäre, und diese Voraussezung sei nach den „Grundsäzen der jüdischen Religion nicht minder, als nach „jenen der christlichen gegründet." Hiergegen wende ich ein, daß die L. 6. von Diensteiden römischer Beamten, nicht von Prozeßeiden spricht, also ein staatsrechtliches Gesez der Römer ist, und als solches nicht zur Auslegung eines baierischen Prozeßgesezes dienen kann. Dasselbe würde aber sogar gegen die jenseitige Meinung sprechen, weil es auf der Voraussezung einer sittlichen Denkart beruht, welche man, wie bereits gezeigt wurde, den Juden nicht zutraute.

Ganz klar wird die Sache durch die Anmerkungen Kreitmayrs z. a. O. der G. O., denn unter Bezug auf Stryck wird dort behauptet, daß Kezer, Atheisten, Meineidige, wie nicht weniger die Juden, ausgeschlossen seien. Diese Anmerkungen bilden um so mehr eine authentische Quelle, als sie das Werk des Verfassers der Ger. Ord. sind, und — wenigstens durch Gerichtsgebrauch — gesezliches Ansehen erlangt haben. Vergebens behauptet man, eine so unduldsame Ansicht sei den Begriffen der heutigen Zeit entgegen; ich ehre die Duldung, allein diese Behauptung geht nur die künftige Gesezgebung*), nicht aber den Richter an, dieser, als Diener der bestehenden Geseze, ist an diese gebunden, sie mögen lauten, wie sie wollen, er kann sich bei Handhabung der Rechtspflege nicht beliebig über ihre Anordnungen hinaussezen, wenn er sie etwa unzweckmäßig findet; sonst würden wir eben so viele Gesezgeber, als Richter haben.

Kein späteres Gesez hat auch bisher das bestehende ältere aufgehoben; die neueren staatsrechtlichen Geseze

*) Entwurf der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten. (München 1825.) §. 598. Revidirter Entwurf ꝛc. ꝛc. (München 1827.) §. 325. Motive hierzu S. 186.

in Bezug auf die Juden können auf Prozeßgeseze keine zerstörende Kraft äußern, allgemeine Bestimmungen heben auch besondere noch nicht auf, und nirgends sind die Juden den Christen ganz gleichgestellt, in allen Gesezen sind vielmehr nur einzelne Einräumungen, die man ihnen zugestanden hat, enthalten, und daß diese keine willkürliche Ausdehnung erleiden können, bedarf keines Beweises; nur den drei christlichen Glaubens-Konfessionen sind in der Verfassungs-Urkunde v. J. 1818. Tit. IV. §. 9. und im Religions-Edikte (Beil. II.) §. 24 gleiche bürgerliche und politische Rechte zuerkannt. Nebstdem sind auch wirklich die Juden, einzelne Ausnahmen abgerechnet, in ihrer sittlichen, bürgerlichen und staatsrechtlichen Bildung so sehr noch nicht vorangeschritten, daß selbst der duldsame Geist neuerer Zeit kein Bedenken trüge, bei Streitigkeiten um Vermögen alles Mistrauen in ihre Gewissenhaftigkeit abzulegen.

Wollte man annehmen, die Juden seien durch die neueren Grundsäze den Christen gleichgestellt, so würde man sich weit verirren. Dann müßte man z. B. auch gelten lassen, daß alle übrigen den Juden nachtheiligen Bestimmungen der Ger. Ord. und der Anmerkungen*), so wie solche Partikular-Geseze über Judenverträge u. s. w. **) aufgehoben seien; einer solchen Annahme widerstreiten aber die Regeln der juristischen Auslegungskunst und die tägliche Praxis. Nach dem Edikte über die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen im Königreiche vom 10. Juni 1813 §. 30. (Reg. Bl. v. J. 1813. S. 931.) finden zwar alle Geseze des Reichs auf die Juden Anwendung, aber nur so weit nicht rücksichtlich derselben Ausnahmen gemacht sind, — eine solche Ausnahme ist nun in der Ger.

*) Kap. 10. §. 11. Nr. 5. Kap. 13. §. 3. Nr. 3. Anmerk. hierzu.

**) Vergl. z. B. die Sammlung der hochfürstlich würzburgischen Landesverordnungen (Würzburg 1776. Fol.) Th. 2. S. 23. 303. 581. 588. u. s. w.

Ger. Ord. a. a. O. handgreiflich angegeben und in den Anmerkungen dazu sonnenklar beschrieben. Auch Kreitmayr sagte schon in den Anmerkungen über den Cod. civ. Th. V. Kap. 20. §. III. f: man beurtheile die Juden in der Regel nach dem nämlichen Rechte, wie andere Reichs- und Landesunterthanen oder Einwohner, so weit keine besondere Ausnahme mit ihnen gemacht sei.

Wenn nun auch zwar die Verfassungs-Urkunde v. J. 1818 von Gleichheit der Geseze und vor dem Geseze spricht, so wird man doch nicht behaupten können, daß durch diesen im Allgemeinen hingestellten staatsrechtlichen Grundsaz, welcher nicht im eigentlichen gesezlichen Texte, sondern in der Einleitung als Motiv vorkömmt, alle früheren besonderen privatrechtlichen und prozessualischen Geseze mit einem einzigen Schlage zernichtet seien, und man darf nur die schon angeführten Stellen (Verf. Urkunde Tit. IV. §. 9. u. Relig. Edikt. §. 24.) lesen, um sich zu überzeugen, daß die Juden selbst in staatsrechtlicher Hinsicht den Christen keineswegs gleichgestellt sind, eine solche Gleichstellung also durchaus nicht durch eine Analogie im Prozeßrechte begründet werden kann. Der Grundsaz der Verfassungs-Urkunde erleidet auch außer den Juden gar viele Ausnahmen, z. B. durch die Siegelmäßigkeit, wie denn bekanntlich keine Regel ohne Ausnahme ist.

Wichtig ist besonders die Erwägung, daß, wie das Wesen der jüdischen Religion überhaupt an Formen hängt, auch bei der Eidesleistung die äußere körperliche Handlung eine Hauptsache ausmacht*). Schon darum scheint es mir

*) Vgl. meine Bemerk. in Zu-Rhein's Beiträgen zur Gesezgebung und praktischen Jurisprudenz. Bd. 1. S. 279. Anm. über d. Ger. Ord. Kap. 10. §. 14. c. Reinhardt, Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Prozesses. (Stuttgart bei Steinkopf. 1823—1824. 2 Thle.) Th. 2. §. 224. — Estor (de lubrico jurisjurandi Judaeorum. Marburgi 1746.) schreibt dem Richter 27 Vorsichtsmaaßregeln vor, und in der allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten Th. 1.

ein Misgriff zu sein, bei Juden, wenn sie nur nach ihren Religionsgrundsäzen verstorben sind, den Tod statt des Eides gelten zu lassen.

Aus diesen Gründen findet die Ger. Ord. Kap. 13. §. 2. Nr. 7. auf Juden keine Ausdehnung, und es steht nicht entgegen, daß schon öfter das königliche Ober-Appellationsgericht des Reichs sich diese Ausdehnung erlaubt hat; denn in einem verfassungsmäßigen Staate, in welchem die Richter innerhalb der Gränzen ihrer amtlichen Befugnisse unabhängig sind, können die Urtheile des obersten Gerichtshofes nicht durch Ansehen und Machtvollkommenheit, sondern nur durch die überzeugende Kraft ihrer Gründe, welche hier widerlegt worden sind, auf die Meinungen der Urtheiler wirken.

Tit. 10. §. 317 und folg. sind viele Förmlichkeiten angeordnet. Ueber die nuzlose Häufung und unzweckmäßige Anordnung solcher Förmlichkeiten bei Judeneiden kann nachgelesen werden: Wolff über den Judeneid, in dem Archive der Kirchenrechtswissenschaft herausgeg. von Weiß (Frankfurt am Main b. Brönner 1830.) Bd. 1. H. 1. Nr. VI. S. 160 — 172.

XIX.

Unter welchen Voraussezungen kann nach baierischem Rechte ein Personalarrest verfügt werden?

Von

F. A. von Zu-Rhein.

§. 1.

Einleitung.

Die Opernsängerin Wilhelmine B. aus Nürnberg war bei der Bühne zu Würzburg im Jahre 1827 engagirt worden, mit der Verbindlichkeit, ihren Kontrakt bis zum 1. Juni 1828 zu halten. Am Ende des Monates März 1828 erbat sie sich von dem Intendanten der dortigen Bühne einen Urlaub von einigen Tagen, um in Begleitung ihrer gleichfalls als Sängerin bei derselben Bühne engagirten Schwester, der verehelichten St., eine Reise nach Frankfurt am Maine zu unternehmen. Dieser Urlaub wurde ihr wirklich bewilligt, unter der Bedingung jedoch, daß sie am Ostersonntage wieder einzutreffen habe. Wilhelmine B. kehrte indessen nicht zurück, sondern ging vielmehr ein neues Engagement in Frankfurt ein. Auf Betrieb der Intendanz der Bühne zu Würzburg wurden gegen die B. verschiedene polizeiliche Maaßregeln verfügt, und es wurde auf ihre zurückgebliebenen Effekten Arrest gelegt.

Im Jahre 1830 kam Wilhelmine B. wieder nach Würzburg zurück, gab auf der dortigen Bühne mehrere

Gastrollen, und war eben im Begriffe, wieder abzureisen, als gegen sie von der Theater-Intendanz bei dem Kreis- und Stadtgerichte ein Personalarrest nachgesucht wurde.

§. 2.

Arrest-Implorirung.

Unter Zugründlegung der obigen faktischen Verhältnisse, begründete die Theater-Intendanz ihr Arrestgesuch in Folgendem:

„Durch die kontraktswidrige Handlung der Wilhelmine B. habe das Theater einen äußerst bedeutenden Schaden erlitten, indem keine Opern mehr hätten gegeben werden können; dieser Schaden belaufe sich wenigstens auf 800 Gulden, zu deren Ersaz die Imploratin nothwendiger Weise verbunden sei. Da nun dieselbe bei dem Theater in Frankfurt angestellt, sohin als Ausländerin zu betrachten sei, dermals aber sich in Würzburg befinde und Gastrollen gebe, auch im Begriffe stehe, wieder abzureisen, ohne den verursachten Schaden ersezt zu haben; so müsse man bei dem Umstande, daß sonst kein Hilfsmittel vorhanden sei, gegen dieselbe vorläufig auf Kosten der Intendanz bis zu ausgetragener Sache oder Stellung der erforderlichen Kaution auf Erkennung des Personalarrestes antragen.

„Zur Begründung dieses Antrages übergebe man:

1) eine beglaubigte Abschrift eines am 19. April 1828 bei dem Stadtmagistrate geführten Protokolls, nach welchem ihr Schwager, der Sänger und Schauspieler St., selbst gerichtlich eingestanden habe, daß die Imploratin kontraktswidrig und heimlicher Weise entwichen sei, und dadurch der Bühne einen bedeutenden Schaden zugefügt habe.

2) Man übergebe ein Zeugniß von zwei damals hier angestellten Schauspielern, welches um so mehr vollen Glauben verdiene, als dieselben Sachkenner seien, und die Angelegenheit am beßten beurtheilen könnten; es sei hierin zugleich auch vorläufig die Größe des erlittenen Verlustes angegeben.

3) Die etwa abzufordernden polizeilichen Akten würden zugleich das Nähere hierüber darlegen.

„Diesemnach stelle man die Bitte: vorläufig den Personalarrest zu erkennen, und zur Justifizirung desselben, so wie nöthigenfalls zur schlüßigen Verhandlung, eine Tagfahrt zu bestimmen, und sofort zu erkennen, daß die Imploratin schuldig sei, die nachgewiesene Entschädigungsumme zu zahlen, und sämmtliche Kosten zu ersezen.“

Die Klagebeilagen waren folgenden Inhalts:

A) Protokoll, geführt im Lokale des Polizeisenates zu Würzburg am 18. April 1828.

„Es erscheint der Sänger und Schauspieler St. und bringt vor:

„Ich bitte, mir die Effekten auszuhändigen, die mir und meinen Kindern angehören, und welche mit den Effekten meiner Ehefrau und meiner Schwägerin Wilhelmine B. mit Beschlag belegt worden sind, indem ich nach der mit der Theater-Intendanz getroffenen Uebereinkunft folgende Erklärung abgebe:

„1) Ich lege hiermit ein Handgelöbniß ab, daß ich vor und bei der Abreise meiner Frau und meiner Schwägerin nicht das geringste Mitwissen hatte, daß dieselben so sträflich handelten, und nicht mehr vermöge ihres Kontraktes hierher zurückkehren würden, sondern ich habe solches erst, wie die andern Leute auch, aus den öffentlichen Blättern ersehen.

„2) Es ist nur zu gewiß, daß durch das kontraktswidrige Benehmen dieser beiden Sängerinnen dem hiesigen Theater ein bedeutender Schaden zuging, besonders da Demoiselle B. noch bis zum 1. Juni d. J. engagirt war, wiewohl nicht mittels eines schriftlichen Akkordes, jedoch mündlich auf Hand und Treue, u. s. w.“

B) Erklärung der beiden Schauspieler.

„Wir Unterzeichnete schließen uns der protokollarischen Aussage des Sängers St. an, und bestätigen nach unserem beßten Wissen und Gewissen, daß durch das damalige Entweichen der Demoiselle B. und ihrer Schwester dem

hiesigen Theater ein sehr bedeutender Schaden, der bei genauer Berechnung auf Tausende zu liquidiren wäre, zugefügt sei, indem das ganze damals so gut stehende Geschäft dadurch gewisser Maßen gestürzt wurde, und auch jedem einzelnen Mitgliede der bedeutendste Schaden erwuchs. Die Festsezung dieses Schadens auf 800 Gulden ist demnach sehr billig.

„Würzburg am 18. Februar 1830.

(Siegel.) Wenzel. D. damaliger Regisseur.

(Siegel.) Joseph R. Mitglied der Bühne."

§. 3.

Arrestverfügung.

Auf dieses Arrestgesuch verfügte das Kreis- und Stadtgericht Würzburg am 19. Februar 1830 Folgendes:

„In der Erwägung, daß

1) die Vertragsbrüchigkeit der Imploratin durch das vorgelegte Polizei-Protokoll bescheinigt, eben so

2) der dadurch der hiesigen Bühne zugegangene Nachtheil durch das weitere beigefügte Zeugniß wahrscheinlich gemacht, endlich

3) die Imploratin als Ausländerin zu betrachten ist, wird der Personalarrest auf Kosten und Gefahr der implorantischen Theater-Intendanz gegen die Imploratin hiermit verfügt, und mittels Requisition an die Polizeibehörde dahier in Vollzug gesezt. — Uebrigens wird zur Justifizirung des Arrestes Tagfahrt auf — unter dem gesezlichen (?) Rechtsnachtheile anberaumt."

§. 4.

Weiteres Verfahren. Berufung der Impetratin.

An demselben Tage, an welchem der Arrestbefehl erlassen wurde, stellten der königliche Rechtsanwalt Sch. und dessen Gattin durch Konstituirung einer Hypothek auf ihr Grundvermögen die erforderliche Sicherheit für die Impetratin, worauf sodann der Personalarrest wieder aufgehoben wurde. Indessen zeigte Wilhelmine B. durch ihren

Anwalt bei Gericht an, daß sie wegen der Arrest-Erkennung die Berufung ergreifen wolle, und verbat zugleich die zur Justifizirung des Arrestes angesezte Tagfahrt. Einige Tage später reichte dieselbe eine Nichtigkeitsbeschwerde, verbunden mit der Berufung, bei dem Gerichte erster Instanz ein, in welcher der Antrag gestellt wurde, die Verfügung des Kreis- und Stadtgerichtes vom 19. Februar 1830 als nichtig und unstatthaft aufzuheben, sofort die bestellte Hypothek zu löschen, und ihr alle Entschädigungs-Ansprüche gegen den Arrest-Impetranten und auf allen Fall gegen den Richter erster Instanz vorzubehalten*).

§. 5.

Erkenntniß des Gerichtes zweiter Instanz.

In Folge obiger Berufung erkannte das königliche Appellationsgericht für den Untermainkreis am 24. Mai 1830 zu Recht:

„1) daß der Personalarrest, als zur Ungebühr und unstatthaft erkannt, aufzuheben, sonach

„2) die von dem Rechtsanwalte Sch. und dessen Gattin diesfalls gestellte Kaution in dem Hypothekenbuche zu löschen sei,

„3) daß die Kosten der ersten und zweiten Instanz zu vergleichen seien, endlich

„4) der Appellantin ihre allenfallsigen weiteren Ansprüche gegen wen immer vorbehalten bleiben.“

Entscheidungsgründe.

„1) Zur Begründung eines Antrages auf Erkennung eines Personal- oder Realarrestes werden zwei Momente als unerläßige Bedingungen gefordert, nämlich:

a) eine Forderung des Imploranten an den Imploraten,

---

*) Da die Entscheidungsgründe des oberrichterlichen Erkenntnisses die von der Appellantin vorgebrachten Rechtfertigungs-Momente ihrer Berufung vollständig enthalten, so übergehe ich leztere, um Weitschweifigkeiten zu vermeiden.

welche — wenn gleich nicht nöthig ist, daß sie schon vollständig bewiesen und liquidgestellt sei, — dem Richter dennoch höchst wahrscheinlich gemacht sein muß — (Ger. Ord. Kap. 8. §. 6. Nr. 3. Kreitmayr's Anmerk. z. a. O. Danz, summar. Proz. §. 53.),

b) der Nachweis einer augenscheinlichen Gefahr, daß der Implorant dieser Forderung wegen, wenn der Arrest nicht verhängt wird, seine Rechtsverfolgung ganz vereitelt sehen, oder doch wenigstens ihm die Rechtsverfolgung sehr erschwert werde (Danz a. a. O. Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 240).

„2) Dabei gilt noch durchgängig der Grundsaz: daß bei Personalarresten auf das Vorhandensein dieser Bedingungen um so strenger gesehen werden muß, als derselbe, wie Kreitmayr in den Anmerk. über den Cod. jud. Kap. 8. §. 6. c. sagt, eine sehr disreputirliche Sache ist, deßwegen bei geringen Forderungen gar nicht, und bei beträchtlichen nur dann verfügt werden soll, wenn durch einen schon erkannten oder noch zu erkennenden Realarrest eine hinlängliche Sicherheit nicht verschafft werden kann. Kreitmayr a. a. O. a.

„Der Personalarrest muß daher nur als ein subsidiäres und im äußersten Nothfalle Statt findendes Mittel zur Sicherung der Ansprüche des Imploranten angesehen werden.

„3) Wendet man diese in der Theorie und Praxis allenthalben als richtig angenommenen Grundsäze auf den hier gegebenen Fall an, so springt sogleich beim ersten Anblicke der von der Appellatin bei dem Gerichte erster Instanz eingereichten Imploration in die Augen, daß es durchaus an einer zureichenden Bescheinigung der zur Erkennung eines Real- noch mehr aber Personalarrestes erforderlichen Bedingungen mangelt; denn der Nachweis der Existenz einer Forderung ist nicht einmal im Mindesten, noch viel weniger sehr wahrscheinlich gemacht. Die Existenz derselben soll durch ein bei der Polizeibehörde dahier aufge-

nommenes Protokoll und durch ein von zwei Schauspielern ausgestelltes Zeugniß wahrscheinlich gemacht werden; allein

„4) das von der Polizeibehörde aufgenommene Protokoll ist weder in formeller, noch weniger in materieller Beziehung geeignet, dem Richter auch nur einen geringen Grad von Wahrscheinlichkeit zu verschaffen.

„α) Nicht in formeller Beziehung. — Die in demselben enthaltene Angabe, daß des Zeugen Eheweib und Schwägerin ohne seine Mitwissenschaft nicht mehr vermöge ihres Kontrakts hierher zurückgekehrt seien, und sträflich gehandelt hätten, kann nicht als ein Geständniß, sondern nur als die Aussage über die Handlungen dritter Personen, als die Angabe eines Zeugen angesehen werden. Dieses Protokoll müßte sonach die zu einem Zeugenverhöre nöthigen Erfordernisse haben, welche sämmtlich mangeln. Denn abgesehen von der Frage: ob die Polizeibehörde die zur Vernehmung eines Zeugen in Civilsachen kompetente Behörde sei? so ist der Zeuge nicht förmlich beeidigt, Artikel, welche nach der Ger. Ord. Kap. 10. §. 3. Nr. 1. auch bei einem summarischen Verhöre erforderlich sind, wurden nicht gestellt, eben so wenig ist der Gegentheil von Allem in Kenntniß gesezt worden, und die Fragen über die persönlichen Verhältnisse des Zeugen, besonders zu den streitenden Theilen, so wie die erforderliche Auskunft darüber mangeln gänzlich.

„β) In materieller Beziehung ist dieses Protokoll völlig ohne rechtlichen Werth. — Denn der Zeuge steht zu dem produzentischen Theile in besonderen Verhältnissen als Schauspieler zu seiner Theater-Direktion, ist also schon in dieser Hinsicht verdächtig. Erhöht wird noch dieser Verdacht, wenn man erwägt, daß, wie aus dem Inhalte des Protokolles hervorgeht, des Zeugen ganze Aussage auf einer mit der Intendanz vorher getroffenen Verabredung und Uebereinkunft beruht, und daß die Aussage durch den Umstand, daß davon die Verabfolgung seiner und seiner Kinder

Effekten abhängig gemacht worden ist, moralisch erzwungen sei. Der Zeuge ist auch nicht in der Absicht, um durch seine Aussage die Existenz und den Inhalt eines Vertrages darzuthun, vernommen worden, sondern hat nur bei einer andern Gelegenheit im Vorbeigehen ganz mit allgemeinen Worten eines Kontraktes erwähnt. Er hat nicht angegeben, daß er eigne Wissenschaft von dem Abschlusse eines Vertrages habe, ob er bei dem Abschlusse gegenwärtig gewesen sei, oder nur von Dritten, allenfalls dem appellatischen Theile gar selbst, etwas davon gehört habe, nicht die Zeit, wann derselbe abgeschlossen worden sein soll, welches der Inhalt und die Bedingungen desselben seien rc. rc.

„5) Ist die Existenz eines Vertrages weder bewiesen, noch auch nur einiger Maßen wahrscheinlich gemacht, so kann wohl davon, ob ein Vertrag gebrochen worden, und daß aus einer Verlezung desselben ein Schaden hervorgegangen sei, an und für sich schon die Rede nicht mehr sein. Auf jeden Fall wäre durch die der Imploration beigefügten Zeugnisse ein wirklicher Schaden nicht bewiesen, am allerwenigsten die Quantität desselben. Daß das Zeugniß des Schauspielers St. keinen Glauben verdiene, ist schon dargelegt worden, und jenes der Schauspieler Wenzel. D. und Joseph R. ist, abgesehen davon, daß nicht einmal dem Richter über die Aechtheit der Unterschrift Gewißheit gegeben ist, auf jeden Fall eine unbeschworne Privatscriptur, welche nicht geeignet ist, dem Richter auch nur einen geringen Grad von Glaubwürdigkeit zu gewähren, wenn dasselbe auch nicht von allen Angaben entblößt wäre, welche als Grund der angeblich entstandenen Beschädigung angesehen werden könnten. Uebrigens sagen die Aussteller am Schlusse ihres Zeugnisses, daß allen einzelnen Mitgliedern der Bühne, also auch ihnen, der bedeutendste Schaden erwachsen sei, mithin sind sie bei der Sache betheiligt und nicht unbefangen.

„6) Ist allenthalben, wie bisher ausgeführt wurde, das Vorhandensein einer Forderung nicht wahrscheinlich ge-

macht, so versteht es sich wohl von selbst, daß von einer Gefahr, die Verfolgung dieser angeblichen Forderung entweder ganz vereitelt oder doch sehr erschwert zu sehen, die Rede nicht sein kann.

„7) Wäre dieses Alles aber auch nicht, und wollte man auch annehmen, daß die Appellantin durch ein bei der frankfurter Bühne eingegangenes Engagement, dessen Inhalt nicht angegeben werden konnte und ganz unbekannt ist, ihre Indigenatsrechte in Baiern verloren habe, so verstünde sich doch wohl von selbst, daß vorerst eine Forderung an dieselbe höchst wahrscheinlich gemacht sein müßte, und daß die bloße Eigenschaft einer Ausländerin in Civilsachen keinen rechtlichen Grund abgeben könnte, die persönliche Freiheit und Ehre derselben mittels eines Personalarrestes bei ihrer Durchreise durch das Inland oder bei dem zeitlichen Aufenthalte in demselben ohne Weiteres zu gefährden. Indessen kann sogar Wilhelmine B. zur Zeit nicht als Ausländerin angesehen werden, da nicht einmal angeführt wurde, daß sich dieselbe an einen Ausländer verheirathet, oder ein fremdes Indigenat ohne besondere königliche Bewilligung erworben habe, oder daß sie — im staatsrechtlichen Sinne des Wortes — ausgewandert sei, denn ein Engagement bei einer Bühne im Auslande, wenn es nicht auf die ganze Lebenszeit abgeschlossen ist — was im vorliegenden Falle nicht einmal angegeben wurde — kann eben so wenig für eine Auswanderung angesehen werden, als wenn ein Inländer im Auslande als Handlungskommis oder ein Pharmazeut als Gehilfe in Kondition tritt.

„8) Da sonach keine der zur Erkennung eines Arrestes als unerläßig geforderten Vorbedingungen in der klägerischen Imploration nachgewiesen war, so hätte von dem Gerichte erster Instanz der nachgesuchte Personalarrest geradezu abgeschlagen werden sollen, und ist daher, als zur Ungebühr und unstatthaft erkannt, aufzuheben, und die diesfalls gestellte Kaution muß im Hypothekenbuche gelöscht werden.

Danz, summar. Proz. §. 58.

„9) Die in beiden Instanzen ergangenen Kosten waren zu vergleichen, da eben nicht angenommen werden kann, daß dem Gesuche der Appellatin um Ertheilung des Arrestes eine offenbare Frivolität zum Grunde liege, und es nicht ihre Sache war, den rechtlichen Gehalt ihrer angeblichen Bescheinigung und Gründe zu prüfen.

„10) Die allenfallsigen weiteren Ansprüche der Appellantin mußten, obschon sich dieses von selbst versteht, derselben demnach ausdrücklich vorbehalten werden, da sie darauf den Antrag gestellt hat, und ein solcher Vorbehalt die rechtliche Folge eines zur Ungebühr erkannten Arrestes ist.“

XX.

Eröffnung des Konkurses und Anfang des Konkurses — zwei ganz verschiedene Begriffe.

Von

J. B. Sartorius.

Nach der baierischen Prioritäts-Ordnung vom 1. Juni 1822, §. 12. Nr. 7. Ab. b. kommen bekänntlich alle von dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtenden Reallasten an Gilten, so weit dieselben, neben dem bei Eröffnung des Konkurses laufenden Jahre, noch von den zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren rückständig sind, in die erste Klasse.

Am 3. November 1827 erkannte das königliche Landgericht Arnstein gegen Johann Rumpel von Ruppertzaint den Konkurs, erst am 16. Februar 1829 aber wurden, wegen der durch Beschwerden und Rechtsmittel eingetretenen Verzögerung, die Ediktstäge ausgeschrieben. Ein Gläubiger hatte eine Giltenforderung von 231 Gulden 16 Kr., welche am 11. November 1825 fällig gewesen war, angemeldet, und das Landgericht reihte dieselbe in seinem Urtheile vom 8. Oktober 1829 ganz richtig in die erste Klasse ein, denn der in der Prioritäts-Ordnung bezeichnete Zeitraum war hier gegeben. Auf die von einem nachgesezten Gläubiger ergriffene Berufung erkannte aber das königliche Appellationsgericht für den Unter-Mainkreis am 15. März 1830: daß die erwähnte Forderung in die zweite Klasse zurückzusezen sei, und zwar aus dem Grunde, weil die Eröffnung des Konkurses nach der Gerichtsordnung,

Kap. 19. §. 3., nur von der Ausschreibung der Ediktstäge an gerechnet werden könne, also hier vom 16. Februar 1829 an, in welchem Falle der gesezliche Zeitraum verflossen sei.

Diese Ansicht scheint mir völlig unrichtig zu sein, denn so gleichbedeutend auch im Munde des Volkes die Eröffnung und der Anfang einer Sache sein mögen, so wesentlich verschieden sind diese Begriffe bei dem Konkurs-Prozesse nach dem juristischen Sprachgebrauche.

Der Konkurs wird nämlich mit dem richterlichen Ausspruche eröffnet: daß des Gemeinschuldners Vermögen zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger unzulänglich, daher der Konkurs einzuleiten, resp. der Gemeinschuldner jeder Verfügung über dasselbe zu entsezen und dieses fortan lediglich als seinen Gläubigern zur Vertheilung in gesezlicher Ordnung verhaftet anzunehmen sei. Dieser richterliche Ausspruch, welchen man freilich in den Akten oft etwas unvollständiger findet, wird nach den Lehrbüchern über den Konkurs-Prozeß bekanntlich das Decretum de aperiundo concursu genannt, und es ist sohin schon in dessen Benennung handgreiflich die Bestimmung niedergelegt, daß mit demselben der Konkurs eröffnet werde*). Diese Eröffnung bereitet erst den wirklichen Anfang vor, jene läßt sich mit der Ouvertüre und dieser mit dem Aufzuge des Vorhanges im Opernhause vergleichen.

Bei der Mangelhaftigkeit unserer Gerichtsordnung findet diese gemeinrechtliche Ansicht hier volle Anwendung, indem das gemeine teutsche Prozeßrecht bei uns als Hilfsrecht gilt. Dieselbe ist auch im revidirten Entwurfe der Prozeß-Ordnung von 1827 durch die Gesezgebungs-Kommission genehm gehalten worden, denn im §. 459 heißt es unter dem Randtitel: „Konkurs-Eröffnung" wörtlich also: „Ergibt sich, daß Vermögens-Unzulänglichkeit nicht

*) Vgl. Martin, Lehrbuch des Prozesses. §. 315. W. H. Puchta, Beiträge zur Gesezgebung und Praxis, Bd. 2. auch unter dem Titel: Ueber den Konkurs-Prozeß. (Erlangen 1827 b. Palm.) §. 8. S. 14.

„vorhanden sei, so werden die provisorischen Maaßregeln „wieder aufgehoben. Entgegengesezten Falls wird durch „ein Dekret auf Eröffnung des Konkurses erkannt.“

Gegen das Decretum de aperiundo concursu ist nach der Gerichts-Ordnung, Kap. 19. §. 4. Nr 5., wo dasselbe deutlich vorausgesezt wird, die Berufung gestattet, und es ist daher, wie der gegenwärtige Fall beweißt möglich, daß zwischen diesem Dekrete und der wirklichen Ausschreibung der Ediktstäge ein bedeutender Zeitraum liege, wie mag man daher beide im Begriffe und in den Folgen zusammenwerfen! Diese Ausschreibung ist erst dann zuläßig, wenn das Dekret über die Eröffnung des Konkurses nicht nur bereits erlassen, sondern auch rechtskräftig geworden ist. Nun aber mit Ausschreibung der Ediktstäge nimmt der Konkurs nach der Gerichtsordnung, Kap. 19. §. 3., seinen wirklichen Anfang, nun erst äußert er seine bisher ruhende Anziehungskraft, alle einzelnen Prozesse lösen sich in ein allgemeines Verfahren auf, die eigentlichen Konkurs-Verhandlungen beginnen.

Erwägt man dieses Alles, und nimmt man an, daß der Gesezgeber in der Prioritäts-Ordnung als Kenner der juristischen Kunstsprache und wohlbedächtlich das Wort: „Eröffnung“ gebraucht habe, so erhellt der Irrthum des königlichen Appellationsgerichtes klar. Wenn dessen Entscheidung richtig sein sollte, hätte der Gesezgeber den Ausdruck: „Anfang des Konkurses“ gewählt haben müssen. Es war daher wohl zu erwarten, daß diese Entscheidung von dem königlichen Ober-Appellationsgerichte des Reichs abgeändert werden würde, allein der beschwerte Gläubiger ergriff das Rechtsmittel der Oberberufung nicht, weil er dadurch die Zahlung der übrigen ihm zugesprochenen Posten nicht aufhalten wollte.

XXI.

Tödtung in der Nothwehr.

Von

J. B. Sartorius.

§. 1.

Thatgeschichte und Einleitung.

Friedrich Mahreis, aus Wachenhausen im baierischen Rheinkreise gebürtig, war Oberkanonier bei dem zu Würzburg garnisonirenden zweiten Artillerie-Regimente. Er besuchte seit etwa anderthalb Jahren sehr oft die Weinschenke im Hause des Fischermeisters Philipp Gößler unweit der Artillerie-Kaserne, wurde dadurch in dem Hause desselben ziemlich genau bekannt, besorgte selbst bei Ermangelung einer Magd der gößlerischen Ehefrau öfters häußliche Verrichtungen, und hatte auch Kenntniß davon, daß Gößler seit 2 bis 3 Monaten eine Summe von etwa 400 Gulden baaren Geldes in seinem Hause liegen hatte.

Mondtags am 6. September 1830 war Friedrich Mahreis am Abende, wie gewöhnlich, in der gößlerischen Weinschenke, er schien munter, aber nicht betrunken, und begab sich etwas vor 9 Uhr in die Kaserne, wo er auch um 9 Uhr beim Zapfenstreiche anwesend war. Die übrigen Gäste entfernten sich nach und nach, und Anna Gößler, Ehefrau des Philipp Gößler, welcher schon seit einiger Zeit mit dem Schiffmanne Schön auf Reisen war, aber täglich zurückerwartet wurde, will um halb 11 Uhr die Hausthüre verriegelt und sich im obern Stocke zu ihrem 8½ jährigen Sohne in das Bett gelegt haben. Sie will mit

mit diesem, welcher an Zahnweh litt, erst gegen 1 Uhr am 7. September Morgens eingeschlafen sein.

Nach ihrer Angabe klopfte es nun, als sie kaum eingeschlafen war, an ihrer Zimmerthüre, in Erwartung ihres Mannes will sie dieselbe geöffnet haben, und vor ihr soll nun Friedrich Mahreis, bis auf das Hemd und die Hose entkleidet, gestanden sein, und von ihr das Geld ihres Mannes unter der Drohung, daß er ihr im Weigerungsfalle den Hals umdrehe, gefordert haben. Er soll nun auf die Kommode zugegangen sein, sie will ihm aber das in dem Strohsacke der Bettstätte ihres Mannes verborgene Geld gezeigt haben. Während er nun mit Herausnahme des Geldes beschäftigt war, will sie ihm mit einem zufällig in der Nähe gestandenen 3 Fuß langen Beile 2 Schläge auf den Kopf versezt haben, so daß er auf der Stelle todt zu Boden fiel.

Am nämlichen Morgen noch schleppte sie nach ihrer Aussage den Leichnam in den Keller, und verbarg ihn hinter der Stiege in Stroh. Die Hose des Getödteten und die angeblich vor der Zimmerthüre vorfindlich gewesenen Stiefel und Jacke desselben bewahrte sie in der Küche auf, das Hemd will sie in den Main geworfen haben. Den Militärpersonen, welche, als Mahreis am 7. September in der Kaserne fehlte, denselben im gößlerischen Hause suchten, verleugnete sie die That, am 8. September fand jedoch die Polizei bei einer vorgenommenen Haussuchung den nakten Leichnam im Keller.

Anna Gößler wurde verhaftet, und gestand bei der Polizeibehörde, dann bei dem Untersuchungsgerichte im summarischen Verhöre und, nachdem wegen Verbrechens der Tödtung die Spezial-Untersuchung erkannt worden war, im ordentlichen Verhöre die That, wie solche hier erzählt worden ist, schüzte jedoch die Einrede der Nothwehr vor.

Dieser strafrechtliche Fall hat viel Aufsehen gemacht und ist in mancher Hinsicht merkwürdig. Das Publikum, durch zerstückte und entstellte Gerüchte davon in Kenntniß gesezt, und einer authentischen Oeffentlichkeit desselben bei

unserer immer noch heimlichen Rechtspflege entbehrend, hat die Sache vorurtheilsvoll angesehen, und sich gegen die Entscheidung misbilligend geäußert, namentlich das Militär, welches den Getödteten, da er Einer der Seinigen war, durch die Hand der Justiz gerächt haben wollte. Solche voreilige Urtheile und ungegründete Wünsche finden aber in einer treuen Darstellung und gründlichen Berichtigung aller Verhältnisse ihre Widerlegung, und der ergangene Richterspruch wird dadurch gerechtfertigt. Der Leser wird hier auf eine ganz richtige Erörterung und Anwendung der Grundsäze über die Nothwehr stoßen, während nicht selten Richter, welche sich immer in der ebenen Bahn eines beschränkten Philisterthums bewegten, nie den Staub der Akten und der Stube von sich abschütteln konnten, und mit dem wahren Leben, worin es auf Schuz und Truz kräftig zu wagen und zu handeln gilt, wenig oder gar nicht vertraut sind, das Wesen der Nothwehr gänzlich verkennen. Statt es im Namen des mit seiner Justiz nicht zur Hand gewesenen Staates zu billigen, wenn ein Mensch im Augenblicke der hereinbrechenden Gefahr dessen Amt tüchtig ergänzt und energische Selbsthilfe anwendet, sind diese Richter nahe daran, zu erfordern, der Bedrohte müsse bedächtlich seine Vertheidigung berechnen, und Faust und Stahl erst auf der Goldwage abwägen; sie verkennen die Nothwendigkeit schnellen Zuvorkommens, ehe noch die gestörte Besonnenheit in das Gleichgewicht kommen kann, sie verkennen die ganze Gemüthstimmung eines Gefährdeten, und ihnen wäre sehr eine praktische Schule nothwendig. Gegen den Art. 134. Th. 1. des Strafgesezbuches wird auch bisweilen die bloße Wahrscheinlichkeit der Nothwehr nicht für genügend angenommen, sondern durchaus, wie in andern Dingen, ein Beweis begehrt. In der Untersuchung gegen einen gewissen Ludwig Ebert von Kleinrinderfeld wegen Vergehens der Körperverlezung, für welchen mich das königliche Landgericht Würzburg links des Mains als Vertheidiger bestellte, hatte ich die Wahrscheinlichkeit der Nothwehr unwiderlegbar dargethan, allein durch die Ur-

theile vom 20. März und 9. Juni 1826 wurde dennoch das Schuldig ausgesprochen, wobei noch in den Entscheidungsgründen des lezteren Urtheiles die merkwürdige Angabe vorkam, daß der Vertheidiger nichts als Vermuthungsgründe für die Nothwehr vorgebracht und nachgewiesen habe. Vermuthungsgründe bilden ja die Wahrscheinlichkeit, welche nach dem jeden Richter bindenden Geseze zur Lossprechung genügt! — Solche und ähnliche Erwägungen haben die Mittheilung des gößlerischen Falles veranlaßt. Die Namen der betheiligten Personen und der Zeugen sind verändert worden, wie solches auch an andern Orten dieser Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle geschehen ist.

§. 2.
Erster Angriff. Thatbestand.

Auf ein Schreiben des zweiten Artillerie-Regimentes, daß sich der Oberkanonier Friedrich Mahreis am 6. September nach dem Zapfenstreiche aus der Kaserne entfernt habe und nicht zurückgekehrt sei, und daß er sich wahrscheinlich bei der Frau des Fischermeisters Philipp Gößler im 5. Distrikte Nr. 76, mit welcher er angeblich nähere Bekanntschaft habe, aufhalten werde, wurden von dem Stadtmagistrate, als Polizeibehörde, die Polizeisoldaten Eckart und Simon zur Haussuchung im gößlerischen Hause beordert. Eckart meldete nun in Folge dieser Haussuchung: „Er habe sich am 8. September Vormittags sogleich in das gößlerische Haus begeben, wo er, da Gößler Weinwirthschaft treibe, die Ehefrau des Philipp Gößler und den Holzspälter Mees angetroffen, der ein Glas Wein vor sich gehabt habe. Er habe der gößlerischen Ehefrau den ihm gegebenen Befehl, das Haus zu durchsuchen, eröffnet, sie habe hiergegen nichts geäußert, sei mit ihm überall herumgegangen, und habe alle Stuben und Schränke geöffnet. Er habe ihr nun gesagt, daß er den Oberkanonier Mahreis suche, und jezt in den Keller gehen wolle. Die Gößler habe zu ihm gesagt, er solle nicht dahin gehen, Mahreis

werde sich zu einer Weibsperson nach Heidingsfeld begeben haben. Er sei aber darauf bestanden, sie habe ihm nun ein Licht angezündet, und sei mit in den Keller gegangen. In der Gegend des Abtrittes habe er zwischen den Fässern ein Häufchen Wirrstroh gesehen, bei Untersuchung desselben sei er auf einen fleischigen Gegenstand gestoßen, und habe, als er das Stroh in die Höhe gehoben, sogleich einen todten Menschen, ganz zusammengekrümmt, auf dem Gesichte liegend und nakt, gefunden. Die Frau sei erschrocken, habe ihm gesagt, er solle nichts verrathen, dies sei der Oberkanonier Mahreis, er habe sie bestehlen wollen, worauf sie dieses gethan. Er habe nun den Polizeisoldaten Simon und zwei Mann von der nahen Artillerie-Kasernenwache als Posten in und vor dem Hause gelassen.

Der Polizeiwundarzt Dr. Martini, sogleich herbeigerufen, fand den Todten im Keller zwischen den Kellerlagern mit Stroh bedeckt an dem Plaze, wo der Abtritt herabging. Nach seiner Angabe war der Leichnam in einer vorwärts gekrümmten Lage, das Knie saß auf der Brust, auf dem Rücken waren mehrere mit Blut unterlaufene Stellen, der Leichnam war kalt, und die Extremitäten waren steif. Er ließ hierauf den Leichnam wieder bedecken und im Keller bewachen.

Nachdem von dem Magistrate der Vorfall am 8. September Nachmittags um 3 Uhr an das königliche Kreis- und Stadtgericht Würzburg, als zuständige Behörde, angezeigt worden war, begab sich eine Kommission dieses Gerichtes sogleich in das Wohnhaus des Philipp Gößler, und fand den Leichnam im Keller in der bereits bezeichneten Lage. Im zweiten Stocke in der Küche fand man mehrere einem Kanonier gehörige Kleidungstücke, nämlich 1) eine Kanonierhose, 2) die Jacke eines Oberkanoniers, „F. Mahreis 1830. A. R." bezeichnet, 3) eine dunkelblaue tuchene Kanonierhose, Alles ohne Blutspuren, 4) ein Paar Halbstiefel, den einen mit Leder roth besezt. In der untern Küche fand man ferner ein Handbeilchen und ein großes Handbeil, beide ohne Blut. Die Effekten wurden zu Ge-

richtshänden genommen, der Leichnam aber wurde in das Militärspital geschafft, und dort bis zum andern Morgen in einem versiegelten Zimmer aufbewahrt. In dem gößlerischen Wohnzimmer wurde auch noch eine Gelte eingeweichter Wäsche gefunden.

Am 9. September Morgens wurde der Leichnam des Oberkanoniers Friedrich Mahreis von zwei Soldaten des zweiten Artillerie-Regimentes und von der Anna Gößler anerkannt. Man nahm sonach unter Zuziehung des Gerichtsarztes, Professors Dr. Bend, des Wundarztes Dr. Martini und des Regiments-Auditors Kohler, als militärischen Kommissärs, die Leichenbeschau und Leichenöffnung vor, wobei sich Folgendes ergab:

Der Leichnam lag auf dem Sezirtische auf dem Rücken, das Gesicht mit Blut besudelt und angeschwollen. Der Mund war mit einem Tuche zugestopft, jedoch an dem Theile, welcher im Munde befindlich war, bemerkte man kein Blut. Am rechten oberen Augenhöhlenrande oberhalb der Augenbrauen und am untern Augenhöhlenrande gegen den rechten Außenwinkel zu bemerkte man zwei Wunden, die der äußeren Form nach Schnitt- und Stichwunden zu sein schienen. Die Nase war an den Knochen unverlezt, die Haare waren an manchen Stellen mit Blut überkleistert, und kurzes Stroh war in dieselben eingemengt. Nach Hinwegnahme des Lumpens aus dem Munde fand man die Zähne unverlezt, die Zunge war durch den eingebrachten Lumpen zurückgedrückt, eine Verlezung war im Munde nicht ersichtlich.

Die obere Wunde am rechten Augenhöhlenrande lief etwas schief von unten nach oben, betrug in ihrer Länge $\frac{3}{4}$ Zoll, ihre Wundränder standen 1 Linie von einander ab, mit der Sonde kam man bis auf die Knochenhaut. Die Wunde unter dem rechten Augenhöhlenrande maß in der Länge 1 Zoll, und hatte in ihrer Breite 1 und in der Tiefe 2 Linien.

Auf dem Kopfe bemerkte man durchaus nichts Weiteres.

Die Bindhaut des rechten Auges war stark ange-

laufen und mit Blut unterlaufen, der Augapfel war gut, die obern und untern Augenlieder waren bedeutend angeschwollen und sugillirt. Auf Nase und Stirne waren mehrere sugillirte Stellen und Hautschärfungen.

Auf dem Brustgewölbe, sowohl auf der rechten als linken Seite, waren mehrere zusammenhängende bedeutende Hautschärfungen und sugillirte Stellen. Deßgleichen waren auf der rechten Schulterhöhe und am rechten Vorderarme Hautschärfungen und Sugillationen. Das rechte Handgelenke war luxirt. Auf der linken Schulterhöhe waren einige Sugillationen, und an der Verbindung des fünften oder kleinen Fingers mit dem Mittelhand-Knochen war eine Hautschärfung in der Größe einer Linse. Auf der rechten und linken Schulter waren einige durch Kontusionen bewirkte Sugillationen; deßgleichen bemerkte man auf beiden Seiten der Lendenwirbel bis zum Kreuzknochen eben solche Sugillationen. Jede der Kontusionen betrug in der Länge 3 Zoll und in der Breite 1 Zoll. An dem Hintertheile der beiden Oberschenkel waren 4 röthelrothe Streifen oder Flecken.

Die Länge des Leichnams betrug 6 Schuh, der Entseelte war von starkem, kräftigen Körperbaue und etwa 24 Jahre alt.

Nach Abnahme der allgemeinen Kopfbedeckungen fand man, daß dieselben stark von Blut durchdrungen waren, und obgleich man äußerlich keine Verlezung bemerkte, so waren doch das ganze untere Hinterstück des rechten Seitenwandbeines, das ganze Schläfebein und der Jochbogen eingebrochen, der Jochbogen war von allen seinen Verbindungen abgesprengt. Nebstdem fand man von dem Bruche des rechten Seitenwandbeines ausgehend einen Knochensprung in das Hinterhauptbein von $\frac{1}{4}$ Zoll Länge. Man nahm nun den Schädel hinweg, wobei ein Blutextravasat von etwa 3 Unzen sogleich abfloß. Das Gehirn war im gesunden Zustande, aber im Schädelgrunde auf der linken Seite fand sich noch eine Unze Blut. Die Schädelknochen waren in ihrem Baue etwas dünner, als gewöhnlich. Die Basis

des Schädels war auf der rechten Seite von ihrer Knochenverbindung abgesprengt, nämlich der Felsentheil des Schläfebeines war queer durchbrochen und gesplittert, und der große Flügel vom Keilbein war an seiner Knochenverbindung abgesprengt.

Bei Oeffnung der Brust- und Bauchhöhle wurde Alles im normalen Zustande gefunden.

Die Medizinalpersonen gaben **vorläufig** folgendes **Gutachten** ab:

I) die untersuchte Person sei eines gewaltsamen Todes an den bemerkten Verlezungen gestorben,

II) diese Verlezungen seien nothwendig, ihrer allgemeinen Natur nach und unmittelbar ohne wirkende Zwischenursache tödtlich gewesen.

Hierauf legte man dem Gerichtsarzte das aus der gößlerischen Wohnung herbeigeholte große Beil mit der Frage vor: ob Gründe vorhanden seien, anzunehmen, daß mit diesem Beile oder einem ähnlichen Instrumente die Verlezungen beigebracht worden seien? Der Gerichtsarzt anwortete: dieses Beil sei allerdings geeignet gewesen, die Verlezungen am Kopfe hervorzubringen. Dieses große Beil war ein gewöhnliches Holzbeil, wie es die Holzspälter brauchen, von schwerem starkem Eisen, $1\frac{1}{2}$ Zoll dick, die Länge vom dicken Theile bis zur Schneide betrug 5 Zoll, das ganze Beil mit dem Helme hatte $3\frac{1}{2}$ Pfund Gewicht und nicht ganz 3 Fuß Länge. Das nebstdem in der gößlerischen Wohnung vorgefundene kleinere Beil war ganz leicht, zum Spreisselmachen eingerichtet, am hintern Theile $1\frac{1}{4}$ Zoll dick, von da bis zur Schärfe $4\frac{1}{2}$ Zoll lang und im Ganzen 6 Fäuste lang.

Bei Einnahme des Augenscheines im gößlerischen Hause, wovon in der Folge noch das Nähere vorkommen wird, fand man an der Stelle, wo das Bett gegen das Fenster stand, an dem Strohsacke Blut und blutiges Stroh. Auch auf dem Boden war ein Blutflecken, und an der scharfen Kante der Bettstätte fanden sich ebenfalls Blutspuren, die Backen der Bettstätte standen bedeutend nach außen ab.

In dem Keller endlich entdeckte man rechts an der Stelle, wo der Leichnam gelegen war, einen großen scharfkantigen Stein, an dessen vorderer Kante sich etwas eingetrocknetes Blut vorfand.

Nach Einsicht der Lokalitäten des Hauses und weiter vorgelegten besondern Fragen erklärten die Aerzte: „der Getödtete habe höchst wahrscheinlich vor dem Tode die Kopfverlezungen erhalten, zwei Schläge schienen zur Hervorbringung dieser Verlezungen hingereicht zu haben, die übrigen nicht tödtlichen Verlezungen könnten nach dem Tode, entweder durch Auffallen auf die sehr scharfe Bettstättkante im gößlerischen Zimmer oder die Bettstättbacken oder durch Hinwerfen im Keller auf Steine, worauf man auch Blutflecken bemerke, entstanden sein. Es sei unwahrscheinlich, daß der Leinwandpfropf dem Getödteten vor dem Tode in den Mund gestopft worden sei. Die Luxationen des rechten Handgelenkes seien wahrscheinlich durch Hinwerfen der Leiche auf die Steine im Keller entstanden.

§. 3.

Besonderes schriftliches Gurachten des Gerichtsarztes.

Der Gerichtsarzt, Professor Dr. Vend, hätte sich vorbehalten, ein besonderes schriftliches Gutachten noch einzubringen, was er auch gegen das Ende der Untersuchung that. Dieses Gutachten ist folgenden Inhalts:

„In der gegenwärtigen Untersuchung sind die Hauptmomente für den Arzt klar und einleuchtend, doch gibt es Nebenmomente, welche eine mannigfaltige Deutung zulassen, und mehr der Einbildungskraft, als dem Verstande, Spielraum geben.

„Die erste und vorzüglichste Frage, welche das Strafgesezbuch Th. 2. Art. 242 dem Gerichtsarzte zur Beantwortung vorlegt, besteht darin: ob die untersuchte Person eines gewaltsamen Todes, und zwar an den bemerkten Verlezungen oder Mißhandlungen, gestorben sei? oder im Gegentheil: ob aus

besondern Umständen als gewiß oder wahrscheinlich angenommen werden könne, entweder daß sie schon vor erhaltener Verlezung todt gewesen sei, oder daß sie an einer zu den nicht gefährlichen Verlezungen später hinzugekommenen Ursache gestorben sei?

„Nach der in gesezlicher Art vorgenommenen Leichenöffnung ist der anatomische Bau des Kopfes durch äußere Gewaltthätigkeit recht ausgezeichnet zerstört worden. Man berücksichtige nur, daß das ganze untere Hinterstück des rechten Seitenwandbeines, das ganze Schläfebein und der Jochbogen eingebrochen waren, wobei mehrere größere und kleinere Knochensplitterungen und abgebrochene Stücke entstanden sind. Der Jochknochen war von allen seinen Verbindungen abgesprengt, die ganze Basis des Schädels auf der rechten Seite von ihrer Knochenverbindung losgetrennt, und der Felsentheil des Schläfebeines queer durchbrochen. Nur nebenbei berühre ich, daß bei der Wegnahme des obern Theils des Schädels ein Blutextravasat von 3 Unzen abfloß, und nebstdem noch im Schädelgrunde auf der linken Seite 1 Unze Blut sich vorfand. Sowohl Arzt als Nichtarzt wird sich aus der Größe dieser Verlezungen für überzeugt halten, daß die untersuchte Person an den bemerkten Verlezungen gestorben sein muß, wenn sie solche im Leben erhalten hat.

„Man könnte einwenden, die Angeschuldigte habe angegeben, daß sie die untersuchte Person bei den Füssen zum Theil die Stiege herabgeschleppt habe, wodurch der Kopf durch seine eigne Schwere von einer Treppe zur andern heruntergefallen sei, und die untersuchte Person — vielleicht in der Betäubung, aber nicht todt — erst die Knochenbrüche und die genannten tödtlichen Verlezungen auf der Stiege erhalten habe. Daß die untersuchte Person zum Theile die Stiege herabgeschleift worden sei, ist mir klar aus den vielen Sugillationen und Hautschärfungen, welche man beinahe an allen Theilen des Körpers fand, daß aber die Kopfverlezungen erst auf der

Stiege durch das Herabschleifen entstanden oder doch, wenn sie zum Theile schon vorhanden gewesen sein sollten, vermehrt oder vergrößert worden seien, ist unwahr, wie aus Folgendem erhellt:

„1) Die Sugillationen an den Armen, am Stamme des Köpers und an den untern Extremitäten sind auf beiden Seiten gleich groß, woraus hervorgeht, daß die Angeschuldigte die untersuchte Person sowohl auf der rechten als linken Seite die Stiege herabgeschleift haben muß; aber — warum entstanden auf der linken Seite des Kopfes keine Knochenverlezungen? warum waren solche lediglich auf der rechten Kopfseite?

„2) Gar häufig ist es der Fall, daß wenn eine heftige Gewaltthätigkeit auf die eine Seite des Kopfes eingewirkt hat, auf der entgegengesezten Seite ein Extravasat entsteht, woraus man erkennen kann, daß in dem gegebenen Falle lediglich eine von der rechten Seite her einwirkende heftige Gewaltthätigkeit die Zerstörung der rechten Schädelseite veranlaßt habe, und daß dieses Extravasat nicht durch das Schleifen auf der Treppe habe entstehen können, weil auf der linken Schädelseite gar keine Verlezungen, welche auf eine bedeutende äußere Gewalt schließen ließen, Statt gefunden haben.

„Die Frage: ob die untersuchte Person schon vor erhaltener Verlezung todt gewesen sei? findet hier keine Anwendung, indem aus der Beschaffenheit aller äußern Umstände und aus der Einsicht, welche man am Bettlager und im Zimmer genommen hat, alle Kennzeichen darin sich als übereinstimmend ergaben, daß die untersuchte Person erst durch äußere Gewalt getödtet worden und nicht vor entstandener Verlezung schon todt gewesen sei. Denn der Tod konnte nur durch äußere Verhältnisse oder durch innere Bedingungen bewirkt worden sein. Was die inneren Bedingungen betrifft, so ist der Tod nicht durch solche veranlaßt worden; denn es ging weder

eine Krankheit voraus, noch fand man eine Ursache des Todes in den Eingeweiden, welche alle in einem gesunden und normalen Verhältnisse angetroffen wurden. Also muß man annehmen, daß die untersuchte Person blos durch äußere Verhältnisse, also in Folge der beigebrachten Verlezungen, gestorben sei.

„Noch gibt es nach dem Strafgesezbuche Th. 2. Art. 245. Nr. II. 2. eine andere Einrede, welche darin besteht, daß die Schädelknochen in ihrem Baue etwas dünner als gewöhnlich gefunden wurden, woraus man den Schluß bilden könnte, daß die untersuchte Person wegen ungewöhnlicher Leibesbeschaffenheit an den bemerkten Verlezungen gestorben sei, was in jedem andern Falle eines normalen Schädelbaues nicht geschehen wäre. Diese Einrede hat wenig Gewicht, indem die Dicke der Schädelknochen in ihrer Normalität nur sehr unbedeutend vermindert, und die äußere einwirkende Gewalt außerordentlich heftig war. Denn sogar der Felsentheil des Schläfebeines war queer gebrochen, die ganze Basis des Schädels auf der rechten Seite war von ihrer Knochenverbindung losgetrennt, und der Jochknochen von allen seinen Verbindungen abgesprengt; es entstand sogar auf der entgegengesezten Seite ein Blutextravasat, woraus man gewiß ersehen kann, daß nicht die ungewöhnliche Beschaffenheit der Kopfknochen, sondern die Stärke der einwirkenden Gewalt Veranlassung des Todes gewesen sei. Wäre die besagte Beschaffenheit der Kopfknochen Ursache oder doch nur Mitursache des Todes gewesen, so wären keine so wichtigen Merkmale des Widerstandes entstanden. Diese Merkmale habe ich so eben aufgezählt. Widerstand ist da, wo eine Gegenwirkung der einwirkenden Gewalt entsteht, und diese Gegenwirkung gab sich kund durch Knochensprung, Extravasat, Lostrennung der Knochenverbindungen im Schädelgrunde u. dergl. Man wird sich daraus genug belehrt finden, daß nicht eine ungewöhnliche Beschaffenheit der Kopfknochen, sondern nur die Größe einer einwirkenden Gewalt daraus zu erkennen sei.

„In Bezug auf die Modalität und das mehr Zufällige am ganzen Hergange bemerke ich nachträglich noch Folgendes*):

„Zur rechten Seite der Bettstätte an dem Strohsacke und an der Bettstättkante, so wie auf dem Stubenboden sah man die deutlichsten Spuren von Blutflecken und von Besudelung mit Blut. Die Bettstätte stand in einem Winkel, dessen einen Schenkel von der linken Seite die mit Fenstern besezte Zimmerwand, dessen andern Schenkel aber die Bettstätte selbst bildete. Unten an der Bettstätte war die größte Abweichung dieses Winkels, von woher man auch in denselben eingehen konnte. Es war also, wenn die untersuchte Person die Verlezungen an der Bettstätte erhalten hat, die Verwundung nur an der rechten Kopfseite möglich, indem man von jeder andern Seite nicht wohl beikommen konnte, nämlich vornen nicht wegen der Spize des Winkels, und links nicht wegen der Zimmerwand. In dieser Hinsicht stimmen nun die Angaben der Angeschuldigten mit den Umständen vollkommen überein.

„Es ist höchst wahrscheinlich, daß die untersuchte Person die bemerkten Verlezungen oberhalb und unterhalb des rechten Auges in dem Zeitpunkte erhielt, als dieselbe durch die angebrachten Schläge auf die rechte Kopfseite besinnungslos auf die Bettstättkante und auf die scharfe Kante des nach außen abstehenden Bettstättbackens hinsank. Weniger wahrscheinlich ist es, daß die Leiche im Keller mit dem Gesichte und der Brust auf Steine hingeworfen wurde, und so die Verwundungen am Auge erhielt. Mit

---

*) Insofern hier der Gerichtsarzt den Hergang der Sache nicht von dem Standpunkte der Medizin, sondern der gemeinen Wahrscheinlichkeit aus beurtheilt, verläßt er eigentlich die ihm als Kunstverständigen gezogenen Gränzen. Die hier angeführten Vermuthungen und Schlüsse, welche keine besondere Kenntniß und Kunstfertigkeit voraussezen, gehören eigentlich zur Reflexion des Richters. Vgl. d. Strafgesezbuch, Th. 2. Art. 263.

Gewißheit läßt sich zwar hierüber nichts sagen, es ist aber auch gar nicht nothwendig, indem diese Wunden oberhalb und unterhalb des rechten Auges, so wie die verschiedenen Sugillate am ganzen Körper nicht eindringend waren, und zu den zufälligen, nicht entscheidenden Verlezungen gehören.

„Ich schreite nun zur Beantwortung der Frage: ob die Kopfverlezungen nothwendig tödtlich waren, oder nur zuweilen den Tod zu bewirken pflegen? Den Umfang und die Wichtigkeit der Verlezungen habe ich schon aufgezählt, und ich will dies nicht wiederholen, aber man sieht daraus, daß nicht ein einzelnes Gebild, sondern das ganze Kopfsystem zerstört war, und daß unter solchen Umständen der Tod nothwendig erfolgen mußte.

„Diese Verlezungen bewirkten auch ihrer allgemeinen Natur nach den Tod. Die Erkenntnißgründe hierüber sind die nämlichen, als diejenigen waren, wo von der nothwendigen Tödtlichkeit der Verlezungen gesprochen wurde. Denn versezt man ein ganzes System des Körpers nicht nur in Unthätigkeit, sondern in vollkommene Zerstörung, so muß der Tod sicher und nach den allgemeinen organischen Gesezen erfolgen. Zerstörung im Herz- und Gefäßsysteme, im Lungen- oder im Nervensysteme bringt gleichmäßig den Tod, nach gleichen Gesezen des Lebens und seiner Negation mußten nun auch die besagten Verlezungen im Kopfsysteme nicht bei diesem Individuum allein, sondern bei Jedermann ihrer allgemeinen Natur nach den Tod herbeiführen. Was die Umstände einer ungewöhnlichen Leibesbeschaffenheit des Getödteten angeht, so ist dieses bereits zureichend erklärt worden.

„Die Kopfverlezungen haben auch unmittelbar den Tod verursacht. Eine Zwischenursache, welche durch die Verlezungen erst in Wirksamkeit gesezt worden wäre, hat nicht Statt gefunden, wie aus allen Umständen und dem ganzen Hergange der Sache klar ersichtlich ist. „Dieses Gutachten habe ich nach den mir aufliegenden Pflichten gefertigt.“

§. 4.

Geständniß.

Schon am 8. September gestand Anna Gößler dem Polizeisoldaten Eckart und dem Wundarzte Dr. Martini, den Mahreis getödtet zu haben, und schüzte Nothwehr vor. Dieses Geständniß legte sie am nämlichen Tage auch bei dem Magistrate ab. Am 9. September Morgens zum königlichen Kreis- und Stadtgerichte eingeliefert, gab sie im summarischen Verhöre Folgendes an:

„In der Nacht vom 6. auf den 7. September zwischen 1 und 2 Uhr klopfte es an meiner Thüre; ich glaubte, es sei mein Mann, welcher von der Reise zurückkehrte, ich schloß meine Stubenthüre auf, und als nun Friedrich Mahreis, den ich jezt erst erkannte, eintrat, sagte er: „„gib mir dein Geld, oder ich drehe dir den Hals um!““ Nun packte er mich sogleich am Halse, ich wehrte mich; er ging zum Bette meines Mannes links, wo immer das Geld lag, was er gewußt haben muß, und während des Suchens versezte ich ihm mit dem Beile, das gerade in der Stube stand, weil ich ein Paar Nägel in den Tisch geschlagen hatte, ein Paar Hiebe, und schlug ihn so auf den Kopf, daß er todt zu Boden fiel. Doch muß ich es recht sagen, daß ich ich ihm zwei Schläge hintereinander auf den Kopf gegeben habe. Es ist dies ein großes Beil, das nun in der Küche steht. Ich wußte vor Angst und Schrecken nicht, was ich anfangen sollte, denn todt wollte ich ihn nicht schlagen; ich schleifte den Körper fort, und während des Fortschleifens ging die Hose von ihm weg, und das Hemd zerriß sehr; der Spenzer (die Jacke) und die Stiefel waren vor der Thüre draußen, und eine Kopfbedeckung hatte Mahreis nicht. Das Hemd habe ich am andern Tage gegen Mittag zu dem Mainthürchen hinausgetragen, und in den Main geworfen. Die andern Sachen habe ich zusammengelegt, und sie liegen noch in meiner Küche im obern Stock. Den todten Körper habe ich die Kellerstiege hinabgeschleift, dort in die Ecke, wo er gefun-

den wurde, gezogen, und ihn mit Wirrstroh, das im Keller war, zugedeckt. Mein kleiner Junge welcher Zahnweh hatte, schlief erst gegen 1 Uhr ein, schlief fest fort, und hat von dem Vorfalle nichts gehört. Der Junge hatte schon zwei Nächte wegen Zahnweh nicht geschlafen."

Von Amtswegen wurde bemerkt, daß man den Jungen bei der Befundaufnahme mit zugebundenem Kopfe und geschwollenen Wangen antraf.

Obgleich außen am Halse der Anna Gößler keine Spur von Gewalt sichtbar war, so behauptete sie doch: der Hals thue ihr inwendig sehr wehe.

„Mein Mann", fuhr sie fort, „ist schon seit 8 Tagen mit dem Schiffmanne Schön fort; wenn er heute oder morgen nicht kömmt, so bleibt er noch 14 Tage aus, da sie dann eine Bergreise machen. Da ich im mittleren Stocke Wirthschaft treibe, so blieb, wie gewöhnlich, die Thüre bis $\frac{1}{4}$ auf 11 Uhr auf, Mahreis muß sich daher nach dem Zapfenstreiche in mein Haus geschlichen und allda verhalten haben, bis er an meine Thüre gekommen ist. Den Spenzer und die Stiefel zog er vielleicht absichtlich aus, um nicht sogleich von mir erkannt zu werden."

Anna Gößler sagte mit lachendem Munde aus, und hielt den Kopf immer auf die rechte Seite.

Am 17. September 1830 erkannte das Kreis- und Stadtgericht Würzburg gegen dieselbe wegen Verbrechens der Tödtung die Spezial-Untersuchung und den Kriminal-Arrest.

Im ersten ordentlichen Verhöre erzählte sie den Hergang der Sache umständlich in folgender Art:

„Am 6. September kam der Oberkanonier Mahreis etwa nach 6 Uhr Abends in meine Weinschenke, wo er um diese Zeit gewöhnlich eintraf, und trank eine halbe Maas oder 3 Schoppen Wein, die Maas zu 6 Kr., auch spielte er mit noch andern Gästen Lotterie. Gegen 9 Uhr ging Mahreis weg, vermuthlich in die Kaserne, gegen 10 Uhr entfernten sich auch die übrigen Gäste, und nach 10 Uhr patschte ich, wie gewöhnlich, meine Hausthüre zu,

und schob den Riegel vor. Ich legte mich, nachdem ich das Gitter, womit der obere Stock beim Tage abgeschlossen wird, geöffnet hatte, zu meinem Jungen, welcher schon im Bette lag, nieder. Der Junge hatte schon mehrere Tage Zahnweh, und schlief auch an diesem Abende nicht. Als ich zu ihm in das Bett kam, lamentirte er sehr, so daß es bereits 1 Uhr schlug, als er und ich einschliefen. Allein ich war noch nicht lange eingeschlafen, als es plözlich an meiner Thüre, die ich wohl verschlossen hatte, klopfte; ich glaubte, es sei mein Mann, denn ich erwartete ihn an diesem oder dem nächsten Tage von der Reise zurück, ich stand, ohne mich anzukleiden, auf, und öffnete die Thüre. — Nun stand vor mir der Oberkanonier Mahreis, entkleidet bis auf seine blaue Oberhose; der Spenzer war, wie ich erst am andern Tage bemerkte, auf das Geländer der Stiege gelegt, und die Stiefel waren vor der Thüre gestanden. Gleich bei dem Eintritte sagte er zu mir: „„geben Sie mir Ihr Geld, oder ich drehe Ihnen den Hals um!““ Gleichzeitig faßte er mich mit beiden Händen am Kopfe und an der Brust. Vor Furcht und Schrecken sagte ich ihm: ich wolle ihm mein Geld geben; darauf ging er auf den Kommodkasten zu, ich zeigte ihm aber freiwillig den Ort, wo das Geld verborgen war, nämlich meines Mannes Bett, und zwar die Stelle, wo die Füße liegen, linker Hand. Jezt wie er nach dem Gelde griff, nahm ich das gleich links mir zur Seite gestandene, am Tische, wo ich Nägel eingeschlagen hatte, hingelehnte große Holzbeil, und führte einen Hieb gegen Mahreis, worauf er zu Boden stürzte; ohne abzusezen, schlug ich noch einmal hin; Mahreis regte sich aber nicht mehr. Als ich merkte, daß derselbe gar kein Zeichen von sich gab, schleppte ich ihn zur Thüre hinaus, und ließ ihn da liegen bis Morgens gegen halb 5 Uhr, wo ich aufstand, und den todten Körper in den Keller schleppte.

Ich nahm ihn Anfangs bei den Füßen, und zog ihn die erste Treppe hinab; dieses ging aber schwer her, und der Kopf schlug immer auf der Treppe auf, wodurch ein

Poltern

Poltern entstand; ich kehrte ihn daher um, nahm ihn am Hemde, und zog ihn so hinab in den Keller, wo ich ihn in die Ecke zwischen dem Faßlager und dem Abtrittsteine auf das Gesicht hinwarf. Die blaue Oberhose ging schon von ihm weg, als ich ihn zur Thüre hinauszog, indem ich ihn an dem Leibe nicht anfassen mogte und daher an den Hosenbeinen hinauszog. Das Hemd, welches bei dem Hinunterschleifen in den Keller ganz zerriß, habe ich am andern Morgen zum Mainthürchen hinaus in den Main getragen.

„Gegen halb 6 Uhr früh kam ein Kanonier, und fragte nach dem Mahreis, ich sagte aber: ich hätte denselben nicht gesehen; gegen Mittag kam wieder Einer, und ich sagte wieder: ich hätte ihn nicht gesehen. Den Tag über ging ich ganz verwirrt herum. Abends kamen wieder einige Gäste; ich war aber froh, als sie wieder fort waren, indem ich sehr Schlaf hatte. Tags darauf früh gegen 10 Uhr, es war ein Feiertag (Mariä Geburt), kam ein Polizeidiener, und sagte, er wolle etwas suchen. Er wollte endlich auch in den Keller, und dort entdeckte ich ihm den Vorgang. Darauf wurde ich arretirt und zur Polizei geführt.

„Wie ich den Leichnam die erste Treppe hinabzog, und der Kopf auffiel, klapperten die Zähne; um dies zu verhindern, nahm ich nun einen Lumpen, welcher, da ich Tags vorher aufgewaschen hatte, vor dem Zimmer außen lag, und schob ihn in den etwas offen stehenden Mund. Ich war jenesmal überzeugt, daß Mahreis todt sei, denn er lag wenigstens schon 2 Stunden vor der Thüre, ohne ein Lebenszeichen von sich zu geben."

Den vorgezeigten Lumpen erkannte Anna Gößler an, und brachte weiter vor:

„Das Kind hat bei dem Vorgange fest geschlafen. Der ganze Vorgang war auch sogleich und ohne besonderes Getöse vorüber, weil Mahreis auf den ersten Schlag niederstürzte und todt war. Derselbe hatte mir mit dem Tode gedroht; wenn ich daher zur Thüre hinaus wäre, oder

das Fenster geöffnet hätte, so hätte er mich und meinen Buben umgebracht; er hätte mir auch den Hals umdrehen können, womit er mir gedroht hatte. Ich glaube gewiß, daß er mir den Tod angethan hätte, wenn ich hätte Lärm machen wollen, denn wer auf Stehlen ausgeht, ist auf Alles gefaßt. Auch lag am andern Morgen auf dem Treppengeländer ein Taschenmesserchen, das mir gehört, ich weiß aber nicht, wo es hingekommen ist; jedoch war Mahreis ein starkes Mannsbild, und hätte mich erdrosseln können, auch ohne ein Messer nöthig zu haben."

Indem nun die Angeschuldigte ihre Brustbekleidung öffnete, und zwei unbedeutende Hautschärfungen zeigte, die mit den Nägeln beigebracht worden sein konnten, gab sie an: „dieses habe ich erst wahrgenommen, und früher nicht bemerkt."

„Ich habe nicht gesehen, wohin ich den Mahreis getroffen, denn es war dunkel im Zimmer, da ich meine weißen Vorhänge zugezogen gehabt habe. Mahreis ist beinahe täglich seit 1½ Jahre in mein Haus gekommen, und da ich keine Magd gehabt, so habe ich mir öfters von ihm Allerlei aus der Stadt mitbringen lassen, und ihm für solche Bemühungen einen Schoppen Wein umsonst gegeben. Ich glaube, eben deßwegen wurde er verwegner; weil er die häußlichen Verhältnisse hatte kennen gelernt, wußte er, daß ich Geld besaß, und mein Mann nicht zu Hause war. Vor etwa 3 Wochen habe ich ihn gefragt: ob er nicht wisse, daß bei seinem Regimente Sechskreuzerstücke, wovon ich bis 100 Gulden besäße, gegen Kronenthaler zu wechseln seien? er sagte hierauf, der Unteroffizier wechsle kleines Geld, allein weiter wurde nichts davon geredet *). Auch war Mahreis im Wirthszimmer, als mein Mann die Kaution zu 200 Gulden, welche er für die gepachtete Winterung eingenommen hatte, brachte, es waren noch der Fischer Eibel und Joseph Gößler dabei."

---

*) Bei dem gößlerischen Gelde befanden sich wirklich über 100 fl. an Sechskreuzerstücken.

Auf den Vorhalt, Mahreis solle einen Hausschlüssel von ihr besessen haben, antwortete sie: „Mein Hausschlüssel hängt das ganze Jahr frei in der Küche, ich habe ihm keinen gegeben.“

Wegen der gefundenen Kleider gab sie an: „Ein Kanonier, der auf der Festung liegt, hat mir noch eine blaue Hose gebracht, um sie, bis er sie hole, liegen zu lassen; diese wird sich vorgefunden haben. Den Namen des Kanoniers kann ich nicht angeben. Die leinene Oberhose brachte mir drei Tage vor dem Vorgange Mahreis, und sagte, er wolle sie verkaufen.“

Die Kleider wurden ihr hierauf vorgezeigt, und sie sagte: „Die Jacke (der Kanonier-Spenzer) gehörte dem Mahreis, die gröbere Hose ebenfalls, die leinene Hose und die Stiefel, so wie das Sacktuch auch, allein die feinere blaue Hose ist jene, welche ich zum Aufheben erhalten habe. Wo der Hosenträger hingekommen sein mag, weiß ich nicht, es wäre möglich, daß ich ihn mit dem Hemde herabgerissen und fortgetragen habe. Vielleicht ist er bei dem Hinstürzen zersprengt, ich kann darüber keine Auskunft geben.

„Morgens als ich den Mahreis hinausschleifte, war an der Stelle, wo er lag, etwas Blut, was ich aufwischte, denn ich habe junge Kazen, diese sollten es nicht lecken. Ich war ganz außer mir, ich weiß nicht, warum ich es gethan habe. Die geringeren Verlezungen, besonders im Gesichte, muß der Getödtete erst dann erhalten haben, als ich ihn die Stiege hinabschleifte, und ihn im Keller auf die Steine warf.“

Die Angeschuldigte zeigte die Art, wie sie den Mahreis tödtete, indem sie mit der rechten Hand das große Holzbeil an der Mitte des Stieles und mit der linken am Ende nahm. Dann sezte sie bei: „So habe ich zwei Schläge nacheinander hingethan, wie er sich bückte, und das Geld aus dem Stroh nehmen wollte.“

Auf gemachte Vorhalte fuhr sie fort: „Ich hatte am Tage vor dem Vorfalle die Stube aufgewaschen, und die Bettstätte meines Mannes etwas gerückt, in der Nacht, wo ich überfallen wurde, stand die Bettstätte noch vorgerückt. Wie ich nun dem Mahreis gesagt hatte, das Geld sei dort im Bette, ging er an dem Ecke der Tafel (des Tisches) zwischen der Bank und dem Bette, und suchte an der Fußseite, und hier gab ich ihm die Schläge. Ich weiß nicht, ist er nun auf den Strohsack hingefallen, oder wie sonst das Blut hingekommen ist. Mit dem blutigen Stroh habe ich vermuthlich die Flecken an der Bank oder dem Strohsacke aufgewischt; ich war sehr verwirrt, und weiß nicht mehr, was ich gethan habe.

„Entfliehen konnte ich nicht; ich habe Furcht gehabt, wenn ich auf die Thüre zuginge, und Lärm machte, von Mahreis erdrosselt zu werden. Schreien hätte mir auch nichts helfen können, da gegenüber kein Gebäude steht, das Nebenhaus unbewohnt ist, und das andere Haus einen Giebel hat, wo ebenfalls Niemand wohnt. Den Jungen konnte ich auch nicht aufwecken; es ist Alles zu geschwind gegangen, so daß ich zu keiner Besinnung gelangen konnte. Ich dachte halt, ich gebe ihm eine, und laufe dann auf die Stockwache, und mache Lärm. Aus lauter Furcht habe ich ihm zwei Schläge gegeben, es thut mir leid genug, ich wollte ihn nicht todtschlagen. Auf den ersten Schlag hat er sich so gebogen, als wenn er stürze, auf den zweiten fiel er ganz hin. Als ich sah, daß er todt war, wurde ich ganz rabiat, und fürchtete mich, die Anzeige zu machen. Ich war ganz außer mir, wenn ich wieder zu mir gekommen wäre, so hätte ich innerhalb drei Tagen gewiß die Anzeige gemacht; das Erscheinen der Polizei hat mich vollends in Angst und Schrecken versezt, ich nahm daher eine Ausrede."

Nach der Geberdenbemerkung im Protokolle nahm Anna Gößler bei dem Eintritte in das Gerichtszimmer ihr gewöhnliches, ihren Gesichtszügen eigenes Lächeln an, während des Verhörs weinte sie öfters, den Kopf hielt sie gerade.

§. 5.

Anzeigungen für und gegen die Einrede der Nothwehr.

Diese Anzeigungen, unter besondere Gesichtspunkte zusammengefaßt, sind folgende:

a) Verhältniß der Anna Gößler zu Friedrich Mahreis.

Philipp Gößler, 33 Jahre alt, Fischermeister, Ehemann der Angeschuldigten, ließ sich, nachdem er am 9ten September Abends von der Reise zurückgekommen war, am folgenden Morgen bei dem Untersuchungsgerichte anmelden, schilderte seinen Schrecken über den Vorfall, und gab unbeeidigt Folgendes an: „Seit 1828 treibe er Weinwirthschaft, sei aber meistens auf der Schifferei von Würzburg abwesend, seine Frau besorge daher die Wirthschaft. Der Oberkanonier Mahreis sei seit beinahe zwei Jahren in sein Haus gegangen, habe wenig getrunken und auch gezahlt, so oft er (Zeuge) da gewesen sei. Seit einem Jahre, wo er meistens auf Reisen gewesen sei, habe ihm die Sache mit dem Kanonier nicht mehr gefallen, er habe seinen Strauß deßhalb einziehen wollen, seine Frau habe ihm aber abgerathen. Einmal habe er zwischen diesem Oberkanonier und seiner Frau ein Löseln (Flüstern) wahrgenommen, als er (Zeuge) gerade die Treppe hinabgegangen sei. Da Mahreis ihn gemerkt habe, sei derselbe weiter gegangen. Er habe dieses seiner Frau beredet, sie habe erwiedert, sie habe nichts mit ihm, sie habe ihm 4 Kreuzer, die er habe geliehen haben wollen, nicht gegeben. Als im Frühlinge d. J. die Kartoffeln gelegt worden seien, habe er seine Frau mit den Leuten hinausgeschickt, sie sei aber bald zurückgekommen, und habe gesagt, der Mahreis habe sie abgelößt; er (Zeuge) habe erwiedert, solche Gemeinschaften könne er nicht dulden. Uebrigens habe er von einem näheren Verhältnisse oder von Untreue nichts wahrgenommen. Mahreis habe ihn immer gescheut.“

Ernst Schreger, 41 Jahre alt, Oberfeuerwerker bei dem 2. Artillerie-Regimente, beeidigt und unverdächtig, sagte aus: „daß Mahreis mit der Gößler in Bekanntschaft gestanden, sei bei der Kompagnie allgemein bekannt; aus eigner Ueberzeugung wisse er nichts. Von einem vertrauten Umgange desselben mit andern Weibspersonen sei ihm nichts bekannt.“

Wilhelm Schneider, 27 Jahre alt, Bombardier bei dem 2. Artillerie-Regimente, Schlafkamerad des Mahreis, beeidigt, sagte aus: „die Bekanntschaft des Mahreis mit der Gößler sei bei seinen Kameraden Vermuthung gewesen, weil er immer dort gesteckt sei, gesehen habe Keiner etwas. Es habe geheißen, Mahreis gehe bisweilen nach Heidingsfeld, doch wisse er auch hierüber nichts. Mahreis habe ihm einmal einen großen Schlüssel gezeigt und gesagt, damit könne er zu jeder Zeit in das gößlerische Haus und zur Frau, wann er wolle, doch könne er sich nicht erinnern, daß Mahreis einmal die ganze Nacht abwesend gewesen sei. Vor $\frac{1}{4}$ oder $\frac{1}{2}$ Jahre habe derselbe ihm ein Kopfkissen gezeigt, das er angeblich von der gößlerischen Frau bekommen, und es an demselben Tage verkauft. Gleich darauf habe derselbe wieder eines gebracht, angeblich von der Gößler. Einige Tage vor seinem Abgange habe er auch gesagt, er bekomme einen neuen Ueberzug, den die Gößler kaufe.“

Jakob Bärmann, 28 Jahre alt, Oberkanonier, unverdächtig, beeidigt, gab an: „Es habe schon früher einmal geheißen, als Mahreis den Kopf verbunden gehabt, er habe von den Fischern Schläge bekommen, Mahreis habe es aber durchaus nicht zugegeben, und sei am andern Tage wieder in das gößlerische Haus gegangen, was vermuthen lasse, daß nichts daran gewesen sei. In der gößlerischen Schenke habe Mahreis seine Zeche gezahlt, und er (Zeuge) habe keine Vertraulichkeit desselben mit der Frau wahrgenommen. Wegen eines Ganges nach Heidingsfeld solle ihn einmal die Gößler geschimpft haben, doch wisse er (Zeuge) nicht, ob derselbe Bekanntschaft dort gehabt habe. Mahreis habe einmal gesagt, die Gößler lasse ihm ein Paar

Stiefel machen, er habe auch später ein Paar neue angehabt, aber gesagt, er solle sie zahlen, doch habe er den Schuster zu der Gößler gewiesen."

Nach den Akten ist Anna Gößler dreißig Jahre alt, mittlerer Statur, hat ein volles rundes Gesicht, und eine gesunde Gesichtsfarbe, dunkelbraune Augen und Augenbraunen, kurzen Hals, Kinn, Nase und Mund proportionirt, und einen vollen Busen.

b) Charakter und Verhältnisse des Friedrich Mahreis.

Nach der Mannsgrundliste war Mahreis am 8. September 1803 zu Wachenheim im baierischen Rheinkreise geboren, 6 Schuh, 2 Linien groß, katholischer Religion, ledig und Bauer, seit dem 28. Juli 1827 als Oberkanonier bei dem zweiten Artillerie-Regimente. Er besaß an Vermögen 80 Gulden Einstandkapital. Er hatte immer eine ausgezeichnete Aufführung, war reinlich im Anzuge, im Dienste sehr fleißig und brauchbar. Er war von starkem Körperbau. Ueber die Verlassenschaft seiner Aeltern ist der Konkurs erkannt.

c) Schilderung der Anna Gößler.

Dorothea Glarus, 55 Jahre alt, Soldatenwittwe, welche im gößlerischen Hause wohnte, beeidigt, sagte aus: „Ihre Hausfrau sei so still und für sich, daß sie wenig Gelegenheit gebe, sich mit ihr zu unterhalten, ihr Hauswesen versehe dieselbe mit vielem Fleiße, sei sehr brav und ordentlich, und lasse sich in keine Klatschereien ein."

Valentin Mees, 49 Jahre alt, Taglöhner, als Erkundigungszeuge unbeeidigt, gab an: „Er habe durchaus nicht bemerkt, daß Anna Gößler dem Mahreis mehr gewogen sei, als andern Gästen. Er kenne sie als eine brave Frau und den Mahreis als einen der ordentlichsten Soldaten."

Michael Lauber, 50 Jahre alt, Fischer, in dem an das gößlerische Haus stoßenden Hause wohnend, weit-

läufig mit den Gößlerischen verwandt, beeidigt, gab an: „Er könne seinen Nachbarsleuten nichts nachsagen, sie seien brav und verträglich. Er habe durch ihre Wirthschaft keine Ruhestörungen wahrgenommen.“

Nach dem Zeugnisse der Gemeinde-Verwaltung zu Zell haben sich die Aeltern der Angeschuldigten rechtschaffen betragen, und gute Kinderzucht gehalten, die Angeschuldigte besuchte in Zell die Werktagschule, ihr Vater war 18 Jahre lang Pächter der bei Würzburg liegenden Moschee, und von dieser Zeit kann die Gemeinde-Verwaltung zu Zell nichts über das Betragen seiner Tochter angeben.

Nach dem Zeugnisse des Magistrates zu Würzburg wurde nie eine Klage gegen Anna Gößler erhoben, sie trieb bei den Reisen ihres Mannes, mit welchem sie seit 1828 das Wohnhaus Distr. 5. Nr. 76. besitzt, ihre Haushaltung und Weinwirthschaft ohne Klage fort.

Rücksichtlich ihres Seelenzustandes ist ihr Lächeln schon erwähnt worden, auch bei der Anerkennung des Leichnams verzog sie den Mund zum Lächeln, und ließ keine Bestürzung wahrnehmen. Das gerichtsärztliche Personal erklärte: „Ihre Geistesfähigkeiten seien ziemlich beschränkt; was Empfindung, gemüthliches Verhältniß und Gefühl betreffe, so scheine sie ziemlich stumpfer Art zu sein, was man bei der Anerkennung des Leichnams und bei dem angestellten Gespräche bemerkt habe.“ Bei der Untersuchung durch die Gerichtsärzte war Anna Gößler etwas bewegt und jammerte einigemal: „Wenn ich ihn nur wieder zu Leben bringen könnte! Es thut mir außerordentlich leid ꝛc. ꝛc.“

d) Benehmen der Angeschuldigten vor und nach der That.

Außer demjenigen, was bereits in dem Geständnisse vorgekommen ist, gehört noch hierher Folgendes:

Valentin Mees, unbeeidigt, gab an: „Am 8. September Vormittags halb 11 Uhr habe er in der gößlerischen Weinschenke ein Glas Wein getrunken, unterdessen sei der Polizeisoldat Eckart gekommen, die Frau habe den-

selben im Hause herumgeführt. Auf einmal habe er auf der Straße die Worte gehört: „„„da führen sie die Frau fort.“““ Eine Militärwache habe ihn nun bis zum Abende nicht aus dem Hause gelassen. Am 7. September Abends sei er von halb 8 bis 9 Uhr in der Weinschenke gewesen, die Frau sei auf der Bank gesessen, und habe den Kopf zurückgelegt, als wenn sie schlummern wolle; gegen 9 Uhr habe sie zu ihm beim Weggehen gesagt: „„„Wenn nur meine Gäste bald Feierabend machen, ich habe so Schlaf.“ Am 6. September sei er von halb 7 bis nach 9 Uhr dort gewesen, nebst ihm Mahreis und noch mehrere Gäste, welche Lotterie gespielt hätten. Mahreis habe mit dem Fortgehen gezögert, er (Zeuge) habe solchen aber erinnert, daß es gleich 9 Uhr, die Zeit des Zapfenstreiches, sei. Derselbe sei ruhig gewesen, habe geschäkert und gelacht, indem er mitgespielt, auch habe er ihm keine Betrunkenheit angemerkt. Die Frau habe nicht mitgespielt.“

Adam Holzmann, unbeeidigt, bezeugte: „Am 7. September Abends ¼ auf 10 Uhr sei er in der gößlerischen Weinschenke gewesen, die Frau habe etwas niedergeschlagen und schläfrig geschienen, denn sie habe den Kopf auf den Tisch gelegt, als ob sie einschlafen wolle.“

Barbara Reusch, 48 Jahre alt, von Heidingsfeld, Fabrikarbeiterin, unbeeidigt, gab an: „Am 6. September sei sie bei der Gößler gewesen. Mahreis sei fortgegangen, es möge nicht ganz 9 Uhr gewesen sein, er sei munter und nicht betrunken gewesen. Die Frau habe ihn wie andere Gäste behandelt. Am 7. September sei sie bis halb 9 Uhr geblieben, ein Gast habe nach dem Mahreis gefragt, die Frau sei aber zur Stube hinausgegangen gewesen, sie habe nicht so munter, wie gewöhnlich, geschienen.“

Michael Gößler, 8½ Jahr alt, Sohn der gößlerischen Eheleute sagte aus: „Von der That wisse er nichts. Am 6. September habe er sich wegen Zahnweh schon um 6 Uhr gelegt und lange nicht geschlafen; um 10 Uhr habe sich seine Mutter zu ihm gelegt und sei mit ihm eingeschlafen, er habe ihr lange vorlamentirt. Am

andern Tage um 7 Uhr sei er aufgewacht, und habe nichts von Allem gesehen."

Ernst Schreupel, Oberfeuerwerker, gab an: „Als Mahreis am 7. September früh um halb 6 Uhr bei dem Verlesen der auf den Kugelfang zur Arbeit kommandirten Mannschaft gefehlt, habe er vermuthet, Mahreis sei vielleicht im gößlerischen Hause, um ein Frühstück einzunehmen. Er habe daher den Oberkanonier Philipp hingeschickt, welchem die Fischersfrau gesagt habe, daß sie den Mahreis seit gestern Abends um 8 Uhr nicht gesehen habe. Da Mahreis bei der Arbeit abgängig gewesen, habe er (Zeuge) den Trompeter Ott zur Gößler geschickt, welcher die nämlich Antwort zurückgebracht habe. Weil Mahreis mit einem Transporte nach Landau habe marschiren sollen, so habe er dem Korporal Ziegler den Auftrag gegeben, denselben aufzusuchen, auch dieser habe von der Gößler dieselbe Antwort erhalten. Er habe nun vermuthet, es müsse mit Mahreis etwas im gößlerischen Hause vorgefallen sein, da er in diesem Hause schon einmal Schläge bekommen haben solle. Am 8. September habe er nun die dienstliche Meldung von dem Abgange gemacht."

Wilhelm Schneider, Bombardier, sagte aus: „Als am 7. September früh Mahreis, zur Arbeit auf den Kugelfang kommandirt, vermißt worden, sei er in das gößlerische Haus gegangen, und habe nach ihm gefragt. Die Frau, welche schon aufgestanden gewesen sei, habe mit lächelndem Munde gesagt: „„Zu mir ist er noch nicht hergekommen."" Da Mahreis Mittags zur Menage wieder nicht gekommen sei, habe er wieder bei der Gößler nachgefragt, welche geantwortet habe: „„Nun ist schon öfter nach ihm gefragt worden, ich habe ihn aber durchaus nicht gesehen.""

e) Wissenschaft des Mahreis von dem Gelde im gößlerischen Hause und allenfallsige Schulden desselben.

Philipp Gößler, Ehemann der Angeschuldigten,

unbeeidigt, gab an: „Er habe mit dem Fischer Eibel für den Pacht der Winterung Kaution gestellt und nach beendigter Pachtzeit solche zurückerhalten. Das Geld werde in dem aufgefundenen Sacke gewesen sein. Es seien 300 Gulden gewesen. Er habe dem Eibel seinen Antheil mit 100 Gulden in der Wirthstube hinausgezahlt, und die übrigen 200 Gulden in seine obere Stube getragen. Mahreis habe Alles mit angesehen. Auch habe er im Rentamte seinen Verdienst in der Winterung zu 300 Gulden eingenommen, solchen in der Wirthstube mit mehreren Arbeitern getheilt, und ihm sei ein Verdienst von 15 Gulden übrig geblieben, den er in die obere Stube gethan habe. Die Vertheilung des Geldes habe Mahreis mitangesehen. Dieses sei beiläufig zwei Monate. Anfangs habe er das Geld in der Kommode der Schlafstube, und weil die Kommode nur ein einfaches Schlößchen habe, zulezt unter das Bettstroh in seinem Bette versteckt. Als er auf die Reise gegangen sei, habe seine Frau, die das Geld gezählt habe, gesagt, es seien 400 Gulden."

Das zu Gericht gebrachte Geld wurde dem Gößler wieder eingehändigt; es waren 379 Gulden 6½ Kr.

Joseph Gößler, 44 Jahre alt, Fischer, Bruder des Philipp Gößler, beeidigt, verkundschaftete: „Er sei Theilhaber an dem Pachte der Winterung gewesen. Vor etwa zwei Monaten habe sein Bruder die Kaution zu 500 Gulden, woran auch er (Zeuge) Theil gehabt, eingenommen, in dessen Schenkstube sei das Geld herumgezählt und vertheilt worden, 200 Gulden habe sein Bruder in die obere Stube getragen. Ein Kanonier, den er nicht gekannt habe, ein großer starker Mann, sei bei dem Zählen des Geldes gegenwärtig gewesen."

Christian Eibel, 32 Jahre alt, Fischer, mit Philipp Gößler verschwägert, beeidigt, mit dem vorigen Zeugen übereinstimmend, sagte aus: „Ihm seien 100 Gulden als sein Antheil hinausgegeben worden. Es sei noch ein Kanonier gegenwärtig gewesen, der gewöhnlich in die Wirth-

schaft komme, ein großer Mann, dieser habe die Vertheilung mitangesehen.“

Ernst Schreger gab an: „Mahreis habe keine Schulden und auch, soviel ihm bekannt sei, zu sonstigen Zwecken kein Geld vonnöthen gehabt, er sei haushältisch, und seine Sache seien in gutem Stande gewesen, betrunken habe er denselben nie gesehen.“

Wilhelm Schneider ließ vorkommen: „Am 6. September Nachmittags um 1 Uhr habe Mahreis ihm ein Mannshemd gezeigt, mit der Aeußerung, er solle ihm solches abkaufen, es sei noch ganz neu, er wolle es um 1 fl. 12 kr. ablassen. Derselbe habe nicht gesagt, woher er das Hemd habe, noch wozu er Geld brauche. Da er (Zeuge) das Hemd betrachtet und nicht ganz neu gefunden, habe er den Mahreis auf den Abend wieder bestellt, wo derselbe aber nicht gekommen sei. Von Schulden des Mahreis wisse er nicht, außer von 6 bis 7 Gulden für Montur.“

Christoph Leiß, 32 Jahre alt, Schneidergeselle, beeidigt, sagte aus: „Etwa acht Tage vor dem Vorfalle habe ihm Mahreis eine schon geflickte leinene Oberhose um 24 Kr. zum Kauf angeboten, er (Zeuge) habe aber keine Lust gehabt.“ — Der Zeuge erkannte diese bei Gericht befindliche Hose an.

Das zweite Artillerie-Regiment bezeugte in einem Schreiben an das Untersuchungsgericht: „Mahreis habe keine Wissenschaft davon gehabt, daß er nach Landau kommandirt worden sei. Derselbe habe eine Monturschuld von 7 fl. 47 Kr. 3 Hell. hinterlassen. Ein Hausschlüssel habe sich unter des Mahreis Effekten nicht vorgefunden.“ Das Kopfkissen, welches er von der Gößler erhalten haben sollte, wurde übersendet.

f) Aufenthalt des Mahreis zur Zeit des Zapfenstreiches am 6. September 1830.

Ernst Schreupel gab an: „Bei dem Zapfenstreiche um 9, auch um ¼ auf 10 Uhr sei Mahreis noch im Zimmer in der Kaserne gewesen. Damals sei er auf den andern

Tag früh zur Arbeit auf dem Kugelfang kommandirt und der Kadet Adelmann zur Reserve bestimmt worden. Mahreis habe sich selbst angeboten, zu diesem in das Kadetenzimmer zu gehen, und ihn davon zu benachrichtigen. Derselbe habe seinen Spenzer angezogen, seine blauen Pantalons habe er noch angehabt, eine Schirmmüze habe er nicht aufgesezt und gesagt, er wolle von dem Kadeten Adelmannn noch zum Hausmeister gehen und ein Glas Bier trinken. Nun um $\frac{1}{4}$ auf 10 Uhr sei er aus dem Kompagnie-Zimmer gegangen. Am andern Tage habe er (Zeuge) von Adelmann erfahren, daß ihm Mahreis den Auftrag richtig ausgerichtet habe; bei dem Hausmeister solle derselbe aber nicht gewesen sein, er solle sich in nüchternem Zustande befunden haben."

Wilhelm Schneider sagte aus: „Beim Zapfenstreiche sei Mahreis da gewesen, er (Zeuge) habe ihn nicht gesehen, derselbe sei aber im Zimmer gewesen und habe das Bett aufgedeckt. Da die Barriere an der Kaserne von einem Posten bewacht werde, so könne Mahreis nur hinter der Kaserne hinausgestiegen sein, soviel sei gewiß, daß derselbe in jener Nacht nicht bei ihm (Zeugen) geschlafen habe. Mahreis habe seinen blauen Spenzer, Hose und Stiefel angehabt, die Schirmmüze sei aber am andern Morgen noch im Zimmer gelegen, Waffen habe derselbe nicht bei sich gehabt, diese seien alle zu Hause gewesen." — Der Zeuge erkannte die Kleidungstücke des Mahreis an.

Christoph Leiß gab an: „Mahreis sei schon vor 9 Uhr aus dem gößlerischen Hause weggegangen, man habe ihm nichts angemerkt."

g) Merkmale verübter Gewalt an der Angeschuldigten.

Im summarischen Verhöre klagte Anna Gößler über inwendiges Halsweh. Die gerichtsärztliche Kommission sah am 9. September Nachmittags keine Spur gebrauchter äußerer Gewalt an ihr, die Angeschuldigte klagte jedoch über Schmerzen im Halse, trug den Kopf etwas zur rechten Seite, und klagte besonders an ihrer bedeutenden

Kopfgeschwulst. Nach dem ersten ordentlichen Verhöre ward sie am 20. September früh abermals ärztlich untersucht, und es fanden sich am rechten Oberarme, so wie auf dem Schlüsselbeine derselben Seite und zwischen den beiden Brustdrüsen mehrere länglichte Hautschärfungen und Krize, welche höchst wahrscheinlich durch Fingernägel entstanden sind, und älter als 10 bis 14 Tage schienen.

h) Nähere Beschreibung des Ortes der That.

Sogleich am 8. September Nachmittags nahm das Untersuchungsgericht die Oertlichkeiten des gößlerischen Hauses in folgender Art auf:

„Das gößlerische Wohnhaus, im 5. Distrikt N. 76, befindet sich rechter Hand in jener Straße, welche zur Kaserne des zweiten Artillerie-Regimentes führt, und ist von dieser etwa 250 Schritte entfernt. Dieses Haus hat ein Parterre und zwei Stockwerke, es ist das erste bewohnte Haus dieser Straße, indem das Eckhaus, gegenwärtig im Bau liegend, ohne Dach und Fenster ist. Das dem gößlerischen Hause in gleicher Flucht folgende Haus hat ein Parterre und einen Stock, es hat vornen heraus einen Giebel, so daß diese Seite des gößlerischen Hauses frei steht. In diesem Nachbarhause wohnt ein Fischer, welcher seiner Angabe nach Nachts hart und fest schläft, und bei diesem ein Schuhmacher. Die gegenüberstehende Seite der Straße ist ohne Wohnungen, und wird durch eine sich weit hinabziehende Mauer begränzt, hinter welcher ein Obstgarten sich befindet. Bei dem Eintritte in das Haus bemerkt man sogleich rechts eine Thüre, welche zu einer kleinen Wohnung führt, die von Dorothea Glarus bewohnt wird. Ebenfalls rechts befindet sich eine Fallthüre, die zum Keller führt. Die Hausthüre hat ein teutsches Schloß, sie kann von außen wohl mit einem Schlüssel geöffnet, von innen aber nur durch Zuschlagen, wobei die Feder vorpatscht, geschlossen werden. An derselben ist auch ein starker Riegel oberhalb des Schlosses. Die Treppe im Hause ist ziemlich steil, von Holz und etwas dunkel,

sie führt in das Wirthschaftslokal, welches in einer die ganze Breite des Hauses einnehmenden Schenkstube und einer Küche besteht. Im obersten Stocke ist die Wohnung der gößlerischen Eheleute, bestehend ebenfalls aus einem die ganze Breite des Hauses einnehmenden Zimmer. In diesem Wohnzimmer stehen zwei Betten, das eine links an der mit einer fortlaufenden Bank versehenen Fensterseite, das andere gerade gegenüber an der innern Wandseite; in der Mitte zwischen beiden an der Wand, welche gegen das Nachbarhaus freisteht, ist eine Kommode. In der Wohnstube steht auch noch gegen zwei freie Fenster ein Tisch, an dessen oberer und unterer Seite zur Befestigung zwei Nägel neu eingeschlagen sind. Es wurde versucht, ob man die im obern Stocke stehende Uhr schlagen höre, und der Erfolg fiel dafür aus. Die Thüre hat ein teutsches Schloß. Das Zimmer ist am Fußboden frisch aufgewaschen, jedoch zeigen sich noch von dem Bette links an der Fensterseite, so wie an der Stubenthüre verwischten Blutspuren ähnliche Flecken. In dem Bette links soll das von der Polizeikommission gefundene Geld gewesen sein. Im Vorplaze vor dem Zimmer an der Treppe sind noch einige Blutspuren sichtbar. Von dem Vorplaze führt eine Treppe auf den Boden, der unverschlossen ist, und etwaiges Verstecken leicht verstattet. Der Keller, worin der Leichnam sich vorfand, hat eine hölzerne Treppe, auf welcher Fahrbäume und anderes Fischergeräthe an der Seite liegen. Unter der Treppe geht der Abtritt herab, welcher in eine mit Steinen gefaßte Grube mündet, wo Stroh und Unrath aufgehäuft sind, gleich daneben ist das hölzerne Faßlager mit großen Fässern."

Die polizeiliche Kommission fand am 8. September Nachmittags um 2 Uhr bei dem Durchsuchen des am Fenster stehenden Bettes, worin angeblich Philipp Gößler zu schlafen pflegte, in einem zwilchenem Sacke eine ziemliche Menge Geldes, welcher Sack sogleich versiegelt wurde. Bei dem gerichtlichen Augenscheine am 10. September durchsuchte man das Bett, worin das fragliche Geld gelegen

war; an der Seite, wo das Bett zum Fenster stand, entdeckte man am Strohsacke eine verwischte große Stelle Blutes, und zunächst steckte etwas zusammengewickeltes, mit Blut beflecktes Stroh. Man drehte den Strohsack herum, und es zeigte sich, daß die Blutstelle gerade auf den Fleck der Bettstätte paßte, wo nach Angabe des Philipp Gößler das Geld im Strohsacke versteckt war, weßhalb es nach Bemerkung des Untersuchungsgerichtes einige Wahrscheinlichkeit gewann, daß der Getödtete im Augenblicke des erhaltenen Schlages mit dem Kopfe an diese Stelle des Strohsackes hinfiel. Die Angeschuldigte zeigte hierbei den Ort der That und die Art der Ausführung.

§. 6.

Schlußverhör.

Im Schlußverhör gab die Angeschuldigte noch an: „Mahreis habe sie nicht mit Du, sondern mit Sie angeredet, und sogleich beim Eintritte gesagt: „„jezt geben Sie mir Ihr Geld, sonst drehe ich Ihnen den Hals um!““ Da Mahreis ein täglicher Gast bei ihr gewesen sei, möge er immerhin noch so viel Achtung für sie gehabt haben, daß er sie nicht mit Du angeredet habe, besonders da sie in keinem vertrauten Umgange mit ihm gestanden sei. Jede deßfallsige Vermuthung sei ungegründet, sie habe ihm auch keine Geschenke gemacht. Das von Mahreis besessene Kopfkissen kenne sie nicht, doch habe sie dem Mahreis einmal 30 Kr. zum Kaufe eines Kopfkissens vorgeliehen, welches Geld er ihr auch zurückgezahlt habe. Mahreis sei ihr noch 1 fl. 50 Kr. schuldig, die sie ihm vor etwa 6 Wochen gegeben, er habe gesagt, er müsse seinem Schlafkameraden aushelfen. Sie habe auch dem Mahreis keine Stiefel machen lassen, er müsse sich damit bei seinen Kameraden groß gemacht haben. Der Riegel der Hausthüre sei am 7. September früh noch vorgeschoben gewesen, Mahreis müsse sich im Abtritte versteckt gehabt haben, wo man ihn nicht habe vermuthen können. Warum sie den Leichnam in den Keller geschleppt habe, wisse sie nicht, sie sei drei

Tage

Tage ganz außer sich gewesen. Sie habe den Mahreis nicht todtschlagen wollen, nach der That habe sie aber eine Furcht ergriffen, daß sie in Unbesonnenheit gehandelt habe. Jezt sehe sie den Fehler der unterlassenen Anzeige ein, vorher habe sie es nicht gewußt und nicht überlegt. Mahreis würde wohl mit dem Gelde nicht sogleich fortgegangen sein, er hätte ihr gewiß am Leben und an der Gesundheit geschadet.“ —

§. 7.

Vertheidigung.

Der aufgestellte Vertheidiger gab eine von der Angeschuldigten genehmigte Vertheidigungschrift folgenden Inhaltes zu den Akten:

Königliches Appellationsgericht!

„Anna Gößler hat am 6. September d. J. den Oberkanonier Friedrich Mahreis in ihrem Hause getödtet. Daß sie die Urheberin dieser hinsichtlich des Thatbestandes mit Zuverläßigkeit ausgemittelten Handlung sei, geht aus ihrem unumwundenen Bekenntnisse hervor, dessen Beweiskraft um so weniger hier angefochten werden soll, als dasselbe im Gegentheile durch den vollendeten Einklang mit den sorgfältigst erhobenen Haupt- und Nebenumständen der That gerade den triftigsten Beweis für die Schuldlosigkeit meiner Klientin ausmacht.

„Diese gibt nämlich an, zur Tödtung des Friedrich Mahreis oder vielmehr zu der thätlichen Bewegung, die seinen Tod unseliger Weise herbeiführte, in einem Zustande hingerissen worden zu sein, in welchem sie einen gefährlichen Angriff auf ihre Person und ihre Habe durch dieses lezte aller Mittel allein abwehren konnte, mithin erlaubte Privatgewalt in jener verzweiflungsvollen Lage ausgeübt zu haben, in der die Geseze jeden Bedrängten zu den äußersten Maaßregeln ausdrücklich berechtigen. Sie gibt an, nach Mitternacht in ihrem Schlafzimmer räuberisch

überfallen worden zu sein, welcher Erzählung zufolge ihr das Anrufen obrigkeitlicher Hilfe zur Abwendung der augenblicklichen Gefahr ganz gewiß unmöglich, der Fall erlaubter Privatgewalt also nach Art. 125, Th. 1 des Strafgesezbuches gegeben war.

„Daß diese ihre Angabe in Richtigkeit bestehe, ist der Gegenstand der hier nachfolgenden Auseinandersezung.

„Der Art. 134. Th. 1 des Strafgesezbuches spricht aus, daß der Beweis der in der Noth rechtmäßig angewandten Privatgewalt von dem Behauptenden zu übernehmen und bis zur Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit darzuthuen sei. Dieses Gesez legt — wie die dazu verfaßten Anmerkungen ausdrücken — zum Vortheile des Angeschuldigten auch schon der Wahrscheinlichkeit rechtliche Wirkung bei, da die Anforderung eines oft, ja bei der Nothwehr fast immer, unmöglichen strengen Beweises außerdem eine rechtswidrige Strenge an sich tragen würde.

„Der gegenwärtige Fall ist ganz von der Art, daß fast alle Umstände der Erzählung meiner Klientin zur Seite stehen.

„1) Anna Gößler, eine allgemein vortheilhaft geschilderte Hausfrau, hatte nicht das geringste Interesse an Begehung einer gleichen Gräuelthat aus freiem Antriebe. Nach dem Zeugnisse des Gemeinde-Ausschusses von Zell ist sie die Tochter rechtschaffner Aeltern, welche Kinderzucht handhabten; nach der Bekräftigung des Stadtmagistrates führte sie auch in der Abwesenheit ihres Mannes ihre Haushaltung und Weinwirthschaft stets ohne Klage fort. Ihr Nachbar Michael Lauber kennt sie als eine brave verträgliche Frau, und die in demselben Hause mit ihr wohnende Witwe Dorothea Glarus bezeichnet sie als still, für sich, brav, ordentlich, fleißig und als Feindin von Klatschereien. Alle, die sie kennen, legen ihr einstimmig Lob bei. Wenn auch frivole Gespräche erfunden wurden, um den Oberkanonier Mahreis wegen seines täglichen Besuches der göß-

lerischen Weinschenke zu necken, wenn diese anzüglichen Reden sogar in ihres Ehemannes Ohr Eingang fanden und Mistrauen säeten, so sind dergleichen leichtfertige Gespräche, welche — wie unten weiter vorkommen wird — lediglich auf Vermuthung beruhen, gewiß nicht geeignet, der von all ihrer Umgebung so einstimmig belobten Tadellosigkeit ihres Charakters Eintrag zu thun. Wie übrigens die sittliche Seite meiner Klientin immer beschaffen sein möge, so bleibt jedenfalls so viel gewiß, daß mit der Schilderung ihrer übrigen häußlichen Tugenden eine Handlung im strengsten Widerspruch steht, welche unter Voraussezung unbeschränkter Willensfreiheit gerade im Gegentheile eine furchtbar wilde, tückische und barbarisch rohe Sinnesart verriethe.

„2) Daß sich der Oberkanonier Mahreis am 6. September des Nachts nach $\frac{1}{4}$ auf 10 Uhr aus der Kaserne in das gößlerische Wohnhaus begeben habe, ist nach den Akten nicht zu beanstanden. Welche andere als eine verbrecherische Absicht konnte diesem ungewöhnlichen Unternehmen zu Grund liegen? Nicht einmal die Annahme eines vertrauten Umganges würde das Räthsel lösen, da ja das gößlerische Haus bei Tag Gelegenheit genug dazu bot, da die Nacht, während welcher Anna Gößler an der Seite ihres Sohnes schlief, und in welcher sie ihren Ehemann erwartete, gerade der am übelsten gewählte Zeitpunkt gewesen wäre, da diese Voraussezung mit der sowohl bei Anna Gößler als bei Friedrich Mahreis löblich beschriebenen Aufführung kontrastirt, und da endlich dieser Kanonier, welcher zufolge seines Grundlisten-Extraktes noch nie eine Strafe erlitten, und nach Aussage seines Schlafkameraden Schneider noch nie über Nacht sich entfernt hatte, gewiß nicht dieses erste Mal einer Ausschweifung wegen sich strafbar gemacht hätte, wozu beinahe zu jeder andern Tageszeit bessere Gelegenheit sich ihm bot. Aber das trügerische Metall, welches selbst den festesten Fußtritt auf der Tugendbahn oft wanken machte, konnte wohl den sonst redlichen Soldaten Friedrich Mahreis verblenden, und die

27 *

Furcht der ihm drohenden Erniedrigung und Strafe auf Augenblicke vermindern.

„3) Diese Unterstellung gewinnt an Stärke, wenn man die Vermögens-Verhältnisse des Verlebten erwägt. Als täglicher Wirthshausgänger mogte er schon ohnehin mehreres Geld brauchen, wie seine von Zeit zu Zeit unter erdichteten Vorwänden verkauften Bettüberzüge beweisen. Daß besonders zur Zeit des Vorfalls Mahreis sich in Geldverlegenheit befunden habe, geht hervor aus der Aussage des Wilhelm Schneider, welchem er ein Mannshemd, und des Christoph Leiß, dem er eine leinene Hose um den geringen Preis zu 24 Kr. zum Verkaufe anbot. Hergestellt ist weiter, daß der Verlebte 7 fl. Monturschuld hatte. Zur Zeit des Vorfalls mußte also Geld einen höheren Werth und Reiz, als gewöhnlich, für ihn haben.

„4) Daß er solches in einer Fischerwohnung gesucht haben sollte, scheint zwar auf den ersten Blick unglaubwürdig; allein in diesem Punkte ist durch die mit dem Verhöre der Angeschuldigten übereinkommenden Aussagen ihres Ehemannes, dann des Joseph Gößler und des Christian Eibel voll erwiesen, daß Ersterer vor einiger Zeit 200 fl. Geld als gestellte Kaution auf seinen Theil zurückerhalten, etwa eben so viel an Arbeiter vertheilt und den Rest davon nebst den 200 fl. im Beisein des Oberkanoniers Mahreis, der dies Alles beobachtet hatte, in die obere Stube trug. Daß dieses Geld noch im Hause sei, konnte ferner Mahreis noch kurz vor dem 6. September daraus entnehmen, daß ihn die Angeschuldigte damals angegangen hatte, ihr die Sechser-Rollen, woraus nach dem gerichtlichen Befunde das Geld größtentheils bestand, auswechseln zu lassen. Dieser Geldwechsel sollte nach einer dem Vertheidiger von dem Ehemanne der Angeschuldigten gemachten Aeußerung zu dem Zwecke geschehen, um dem Gläubiger einen Theil des auf das Wohnhaus hypothekarisch vorgesteckten Kapitals in besseren Münzsorten demnächst zurückzuzahlen. Mahreis

wußte also zugleich, daß bei der nächsten Rückkehr des Philipp Gößler das Geld wieder ausgegeben werde, und die Zeit des Verfalles ist gerade diejenige, die nicht versäumt werden durfte, wenn es galt, die geldleeren Taschen zu füllen.

„5) Ein solches Projekt war nebstdem besonders bei dem Soldaten Friedrich Mahreis indizirt. Er war bestimmt, nach einigen Tagen mit einer Truppenabtheilung nach Landau zu marschiren, ein Umstand, der den Entschluß desselben in doppelter Beziehung leiten konnte; einmal, weil dadurch seine Geldverlegenheit stieg und ein Reisegeld wünschenswerth wurde, und weiter, weil nun, wo er sich von dem gößlerischen Hause entfernen mußte, jede Verbindlichkeit gegen solches aufzuhören, auch jede etwaige Nachforschung durch diese Trennung erschwert zu werden schien.

„6) Anna Gößler will bei dem Angriffe des Kanoniers Mahreis gepackt und gedrosselt worden seien. Die Spuren dieser Vergewaltigung würde man sogleich gefunden haben, wenn bei der ersten körperlichen Untersuchung genaue Nachforschung angestellt worden wäre; denn bei einer sorgfältigeren zweiten Besichtigung fand das ärztliche Personal auf der Brust der Angeschuldigten Hautschärfungen, welche älter als 10 bis 11 Tage, ihm also das erste Mal entgangen zu sein schienen. Daß die Angeschuldigte diese sich selbst beigebracht habe, ist um so unwahrscheinlicher, als sie nach einer bereits bestandenen körperlichen Untersuchung nicht vermuthen konnte, wiederholt besichtigt zu werden.

„7) Der wichtigste Umstand endlich, der zugleich zum Bekenntnisse meiner Klientin den blutigen Abdruck der Gräuelszene liefert, besteht in den Blutspuren am Strohsacke und Boden. Nach dem genommenen Augenscheine befand sich Blut zur Seite der untern Hälfte jenes Strohsackes, welcher in der Bettstätte des Philipp Gößler und in welchem das Geld versteckt lag. Diese Blutspur, die an einer entsprechenden Stelle des Zimmerbodens sich fortsezte, stimmt mit der Erzählung der Angeschuldigten auf das

Genaueste überein, und ist ohne dieselbe rein unerklärbar. Wenn nicht die oberen Bettstücke auf die Seite geschoben waren, und der Strohsack offen dalag, konnte es gar nicht kommen, daß gerade er vom vergossenen Blute geröthet wurde, die Bettstücke aber unbefleckt blieben. Wäre das Bett in seiner gewöhnlichen Lage gewesen, dann hätten wohl die oben gelegenen Bettstücke, der unten gelegene Strohsack aber entweder gar nicht oder nur wenig, in keinem Falle aber allein mit Blut befleckt werden können. Dieser einzige Umstand gewinnt in gegenwärtiger Lage der Sache, wo Zeugen der That gänzlich fehlen, eine so hohe Wichtigkeit, daß er allein schon hinreicht, um der Aussage der Angeschuldigten jenen Grad von Wahrscheinlichkeit zu geben, welcher bei der Nothwehr die Stelle des Beweises vertritt. Die Angabe der Angeschuldigten gibt hier die genügendste Erklärung. Nach derselben suchte der Oberkanonier Mahreis das Geld im Strohsacke, und dies war der kritische Augenblick, in der ihre Beraubung vollendet zu werden, zugleich aber eine Gelegenheit zur Gegenwehr noch geboten schien. Sie ergreift das nahe stehende Beil, und versezt dem Räuber zwei Streiche, von deren sicherer Führung ihr eigenes Leben abhing. Der gebückten Stellung zufolge, welche die Führung der Streiche auf den Kopf möglich machte, mußte der Getroffene mit dem Kopfe auf den vor ihm liegenden Strohsack fallen und diesen blutig machen.

„8) Wie wenig jedoch bei dieser Verlezung der traurigste Ausgang, den sie hatte, beabsichtigt wurde, beweißt das Benehmen der Anna Gößler nach der That. Hätte dieselbe nicht in der Gegenwehre, sondern angriffsweise aus Zorn, Rachsucht oder andern Beweggründen das Beil gegen den Entleibten geschwungen, so würde die Vollendung der That in der verhärteten Seele eine Beruhigung (Sättigung) zurückgelassen haben, und eine Spur von Mitleid oder Trauer vergebens gesucht werden. Dagegen verkundschaften Zeugen von ihr, und zwar der Zeuge Mees, daß sie am 7. September, also am Tage nach der

That, schläfrig geschienen und die baldige Entfernung ihrer Gäste gewünscht habe, eine Erscheinung, welche sich nach Verfluß einer fürchterlich durchlebten Nacht und eines unter abmarternder Seelenangst in steter Gemüthsbewegung fortgesezten Tages leicht erklären läßt. Auch die Zeugin Barbara Reusch fand die gößlerische Ehefrau nicht so munter, als gewöhnlich. Man mögte etwa die Entschlossenheit bewundern, mit welcher Anna Gößler den Leichnam über drei Treppen in den Keller schaffte, und versucht sein, in dieser Handlung einen gewissen Grad unmenschlicher Barbarei ausgedrückt zu sehen. Allein man erwäge, daß diese der Geseze unkundige Fischersfrau den Ausgang dieser Sache in dem gräßlichsten Lichte sich vorstellen mußte, den Beweis ihrer Schuldlosigkeit durch keinen sprechenden Zeugen führen, und blos in der Verheimlichung der That ihr Heil erblicken konnte. Zu diesem Zwecke war die Wegschaffung der Leiche vom Orte der That ein unumgänglich nothwendiges Mittel, welches Entschlossenheit und Kraft forderte. Beides hatte ihr der unvorhergesehene Anfall gegeben, und die Aussicht auf eine bei Ruchbarwerdung der That gegen sie losbrechende Untersuchung mit dem ungewissesten Ausgange mußte Beides noch erhöhen. Kein anderer Ort, als der Keller, schien geeignet, die Leiche zu bergen. So brachte sie mit einer dieser Frau sonst kaum beizumessenden Stärke den Leichnam über die steilen Treppen, mehr tragend oder senkend, als schleifend, in den Keller. Die Art der Fortschaffung erklärt vollkommen die Entkleidung der Leiche. Ein gewisser menschlicher Abscheu bewog die Angeschuldigte, den Todten nicht am Leibe, sondern bei den Kleidern zu fassen, und die Schwere des Leichnams bewirkte, daß die Hosen abgingen und jener liegen blieb, das Hemd aber zerriß. Daß sie lezteres abzog oder abriß, mag seinen Grund darin haben, daß sie, wo das Leben nicht mehr zu retten war, wenigstens das einzig Rettbare, die Kleider, noch sichern wollte; geschieht ja doch ein Gleiches bei jeder Beerdigung. Wie richtig es aber sei, wenn die Ange-

schuldigte angibt, daß sie ganz außer sich gewesen und nicht gewußt, was sie mit der Leiche anfangen solle, zeigt der Umstand, daß sie solche nunmehr in dem sehr seichten Keller oberflächlich bedeckt liegen ließ, wo sie bald im Hause durch ihren üblen Geruch, besonders aber dem Manne bei seiner Rückkehr, sich verrathen mußte, wenn er seine auf der Treppe gelegenen Fischergeräthschaften suchte. Uebrigens ist eine so entschlossene Handlung, zu welcher durch den Schrecken wohl auch der gefühlvollere Mensch stark genug würde, noch weit erklärlicher bei einer Person, welche in Bezug auf Gemüth, Empfindung und Gefühl stumpfer Natur ist, während der 18 Jahre, die ihr Vater als Moschee-Pächter zugebracht hatte, nur sehr unterbrochenen Schulunterricht empfing, und nur unter einer Klasse des Volkes lebt, die an sich schon zu der roheren und gefühlloseren gehört. —

„Es wäre höchst wunderbar, wenn bei diesem verhängnißvollen Ereignisse die Umstände der That, welche größtentheils dringend für meine Klientin zeugen, von gar keiner Seite in Zweifel gezogen worden wären. Es wäre auffallend, wenn nicht der eine oder andere ganz unerhebliche Punkt als ein Verdachtsgrund sich auslegen ließe, wie denn auch das geschäftige und geschäftslose Publikum sogleich bei Ruchtbarwerdung der That allerlei Kleinigkeiten auffand, um dadurch die fortzupflanzende Neuigkeit so wichtig als möglich zu machen. Die Volksmenge, welche jede Untersuchungsache lieber mit einem blutigen Knalleffekte, als friedlich, beendigt wünscht, hat auch hier mit großer Wichtigthuerei auf einzelne Momente hingewiesen, welche nun ein- für allemal nur aus einer bösen Absicht der Anna Gößler erklärbar sein sollen, obgleich eine geringe Prüfung zeigt, daß sie entweder auf dem gepriesenen Wege gar nicht oder in anderer Art noch weit natürlicher zu erklären sind.

„Ich werde bemüht sein, die Reihe dieser Zweifelsknoten vollständiger vorzuführen, als es der Sache meiner Klientin vortheilhaft scheinen mögte, wenn nicht gerade

der Unglücklichen, deren Urtheil zu fällen ist, durch Prüfung von Verdachtsgründen ein größerer Dienst geschähe, als durch deren Unterdrückung.

„a) Die lobenwerthe Regung des Mitleids spielt meistens bei Vorfällen, wie der gegenwärtige ist, den schlimmen Streich, daß sich alle Gemüther auf Seite desjenigen neigen, der dabei an Gesundheit, Geld oder gar am Leben einen Verlust erlitt. Besonders im lezten Falle findet gerne jeder Fehltritt des Verunglückten seine Entschuldigung, und während Jeder den unfreiwilligen Urheber der That, der allgemeinen Erbitterung sich anschließend, verabscheut, wird er aus bloßer Menschlichkeit der Lobredner dessen, der das Bad auszugießen hatte. „„Man muß sterben, um gelobt zu werden,““ sagt das gemeine Sprichwort mit Recht. Diese höchst einseitig erzeugte Rührung hatte nun auch mit der guten Aufführung des Soldaten Mahreis außerordentlich viel zu schaffen, und man konnte gar nicht begreifen, daß der als Soldat so vortrefflich geschilderte Entseelte einen räuberischen Anfall unternommen haben sollte. Ein angeblicher leichtfertiger Umgang mit demselben wurde der gößlerischen Ehefrau außerordentlich schwarz angeschrieben, während man bei Mahreis ganz Umgang davon nahm. Allein man übersehe nicht, daß der Stein des Anstoßes jedenfalls liegen bleibt, wenn aus den Charakterschilderungen der Angeschuldigten und des Verlebten Schlüsse gezogen werden sollen, denn Beide sind gut geschildert; und doch muß entweder der Anna Gößler ein vorsäzlicher Todtschlag oder dem Friedrich Mahreis eine räuberische Gewaltthat zur Last gelegt werden. Dem unparteiischen Beobachter muß also die lezte Annahme eben so möglich, als die erste, vorkommen, und als Vertheidiger bin ich noch mehr bestimmt, sie zu unterstellen und zu hoffen, daß die Richter der unglücklichen Anna Gößler den Weg, welchen das Gesez vorschreibt, auch dann nicht verlassen, wenn das Herz den Nebenpfad zeigt, welchen die große Menge wandelte.

„b) Die zweite Frage, die auch der Untersuchungs-

richter mehrmal der Angeschuldigten stellte, ist die: ob sie die drohende Gefahr durch Rufen um Hilfe nicht habe abwenden können? Allein diese Frage beantwortet sich von selbst aus den Akten verneinend. Das gößlerische Haus steht in einer abgelegenen Straße des Mainviertels, es stößt rechts an ein Fischerhaus, dessen Giebel unbewohnt ist, da der Fischer, seiner Aussage nach, den untern Theil des Hauses bewohnt, des Nachts aber hart und fest schläft, zur linken Seite des gößlerischen Hauses folgt ein unvollendeter Bau und eine Gasse, und gegenüber liegt ein weit ausgedehnter Obstgarten. In solcher Abgeschiedenheit ließ sich von einem Hilferuf nichts erwarten. Nach dem Augenscheine des Untersuchungsrichters am Orte der That, welchen auch der Vertheidiger später einnahm, läuft längst der Fensterseite des Zimmers eine Bank hin, vor welcher der Länge nach ein Bett und ein Tisch stehen; den Plaz zwischen beiden, den einzigen, wo man an das Fenster hätte kommen können, nahm nach der Erklärung der Angeschuldigten der Kanonier ein, indem er an dem Untertheile des Bettes nach Geld suchte. Anna Gößler konnte daher das Fenster gar nicht erreichen, ohne von dem Kanonier verhindert zu werden. Gesezt aber auch, ihr sei gelungen, durch das Fenster des dritten Stockes einen durchdringenden Schrei zu thun, so konnte sie davon durchaus keine vortheilhaften, wohl aber sehr schlimme Folgen erwarten. Der Kanonier Mahreis war im Begriffe, das versteckte Geld aus dem Strohsacke zu nehmen. Im glücklichsten Falle hatte sie von einem Hilferuf zu erwarten, daß er mit dem Raube schnell entfliehe, und die Beraubte, wehrlos und im bloßen Hemde, konnte ihn nicht verfolgen. Bis ihr Angstgeschrei Leute herbeirief, welche ohnehin nach Mitternacht nicht sehr bereitwillig sind, sich blizschnell in die Kleider zu werfen, und sich einer Sache anzunehmen, die sie nichts angeht, oder bis ein Polizeisoldat oder ein Nachtschwärmer in die entlegene Gasse herbeigezogen wurde, mußten wenigstens mehrere Minuten vergehen, binnen welcher der Räuber seine Beute

verbergen, auf demselben verbotenen Wege, den er aus der Kaserne genommen hatte seinen Rückweg antreten, und sogar, auf sein Lager gestreckt, alles Weitere ruhig abwarten konnte. Indessen wäre doch noch dieser Ausgang der Sache, der die gößlerische Familie um 400 Gulden leichter gemacht hätte, noch immer ein sehr glücklicher zu nennen gewesen; denn bei Weitem wahrscheinlicher war es, daß der Räuber, den Versuch, ihn zu verrathen, nicht gleichgiltig ansehend, das Angstgeschrei mit Gewaltthat und Mishandlungen vergolten haben würde, wovon er durch die Abdrücke seiner Nägel an Hals und Brust der wehrlosen Anna Gößler bereits den Vorgeschmack beigebracht hatte. Der schrecklichsten Mishandlung sezte sich dieselbe aus, ja für ihr eigenes Leben hatte sie zu zittern, wenn sie um Hilfe rief, ohne auf diese rechnen und ohne ihre Habe retten zu können.

„c) Was den Umstand mit dem leinenen Fezen, der in dem Munde des Leichnams sich vorgefunden hatte, angeht, so getraue ich mir zu behaupten, daß er ganz unerheblich ist, und die Angabe der Angeschuldigten darüber noch den einzigen vernünftigen Grund enthält, der diesem Fezen seine bestimmte Erläuterung gibt. Wer in der Verstopfung des Mundes etwas Verdächtiges erkennen will, muß annehmen, daß der Leinwandfezen eingestopft worden sei, als der Kanonier Mahreis noch am Leben war, und dann entweder

1) in der Absicht, sein Schreien zu verhindern, oder

2) ihn zu ersticken.

Diesen Unterstellungen steht vor Allem der Ausspruch des Gerichtsarztes entgegen, es sei unwahrscheinlich, daß der Lumpen vor dem Tode des Entseelten in dessen Mund gestopft worden sei.

„Zu 1) Nebstdem streitet aber auch der Hergang der Sache selbst gegen die Absicht, ein Schreien zu verhindern. Das Mittel, durch Verstopfung des Mundes ein Geschrei zu unterdrücken, kömmt wohl bei Beraubung,

Misbrauch zur Unzucht, Erpressung u. s. w. vor, wenn der Uebelthäter während der Erzwingung des Stillschweigens seines Opfers sich versichern, und nach der That es wieder freilassen will. Diese Maaßregel kann aber ihrem Zwecke zufolge nicht vorkommen, wo die Absicht zu tödten vorherrscht; denn in diesem Falle ist die sofortige Ausführung des Vorsazes das sicherste Mittel, ewiges Stillschweigen aufzulegen. Auch wäre nicht abzusehen, welche Art von Gewalt Anna Gößler während des erzwungenen Stillschweigens gegen Friedrich Mahreis ausüben, wessen sie ihn berauben, und was sie von ihm erpressen wollte. — Es würde ferner ihr als Weibsperson gewiß gar nicht gelungen sein, einem großen starken Manne den Mund zu verstopfen, ihn gänzlich wehrlos zu machen, und — was doch auch wohl hätte geschehen müssen, — zu knebeln, um ihren räthselhaften Endzweck zu erreichen. Auch müßte bei all diesem Lärm ihr Kind erwacht sein, das jedoch ruhig schlief und von Nichts weiß.

„Zu 2) Was aber die ihr zu unterstellende Absicht, den Friedrich Mahreis zu ersticken betrifft, so ist auch diese ganz fabelhaft. Es ist hergestellt, daß derselbe von Anna Gößler eine so gefährliche Kopfverlezung erhielt, daß diese auch den kräftigsten Knochenbau sogleich hätte zerstören und den Tod bewirken müssen. Will man nun annehmen, daß die Verstopfung des Mundes vor Beibringung der tödtlichen Schläge geschehen sei, so stehen dieser Muthmaßung die so eben erst ausgeführten Gründe der Unmöglichkeit entgegen. Nimmt man aber an, die Verstopfung sei erst nach den Hieben in der Absicht zu tödten geschehen, so hätte Anna Gößler den Kanonier Mahreis noch nicht für todt halten müssen: allein da sie selbst angab, daß er sogleich leblos, ohne Lebenszeichen, niedergestürzt sei, was nach dem ärztlichen Gutachten äußerst wahrscheinlich ist, so war sie ja gar nicht veranlaßt, eine weitere Handlung gegen das entschwundene Leben vor-

zunehmen. Zweifelt man aber selbst an ihrem Geständnisse, sezt man voraus, Anna Gößler habe in ihrem Verhöre gelogen und, sich selbst täuschend, den Verwundeten für noch lebend gehalten, dann wäre wieder unerklärbar, warum sie zu dem unsicheren Mittel einer Erstickung und nicht vielmehr zur viel zuverläßigeren Wiederholung der Streiche ihre Zuflucht hätte nehmen sollen. Endlich wäre der Versuch, durch Verstopfung des Mundes den Erstickungstod herbeizuführen, eine diesem Endzwecke gar nicht entsprechende Maaßregel gewesen, da es gemein bekannt ist, daß der Mensch im gewöhnlichen Zustande nicht durch den Mund, sondern durch die Nase Athem schöpfe.

„Die Absicht, welche Anna Gößler bei dem Verstopfen des Mundes gehabt haben will, nämlich das Aneinanderschlagen der Zähne des Leichnams zu verhüten, entspricht vorerst vollkommen der Vermuthung des Gerichtsarztes, daß der Fezen erst nach dem Tode des Soldaten Mahreis in dessen Mund gesteckt worden sei. Hierzu ließe sich gar keine Absicht denken, wenn nicht die Angeschuldigte hierüber eine Auskunft gäbe, welche sich nicht leicht vermuthen ließ, die aber glaublich ist, da sie die einzige und noch dazu eine sehr wahrscheinliche Deutung gibt. Daß auf jeder Treppe des obersten Stockes, über welche der starre Leichnam mit den Füßen vorwärts geschleift worden sein soll, der Kopf jedesmal stark und geräuschvoll auffallen, und dadurch die Kinnlade klirrend zusammenschlagen mußte, ist gewiß nicht gesucht, sondern sehr natürlich. Anna Gößler wollte die Tödtung verheimlichen, ihr mußte also daran liegen, so geräuschlos als möglich die Leiche an einen abgesonderten Ort zu bringen, und hierzu war das Stecken eines Lumpens zwischen die Zähne ein dienliches Mittel. Finde man übrigens diese Angabe immerhin so gesucht, als man nur wolle, so wird man

dennoch keine bessere Erklärung über den Zweck dieses leinenen Fezens aufstellen können, und zulezt auf den Saz gerathen, daß dessen Zweck völlig unerklärbar sei, — ein Resultat, welches für meine Klientin so unschädlich ist, daß ich mir im äußersten Falle dasselbe sogar gefallen lasse.

„d) Die Leiche wurde endlich ganz entkleidet aufgefunden. Auch dieser Umstand kann nur auf den ersten Blick verdächtig scheinen und die Frage veranlassen: weßhalb denn Kanonier Mahreis, der Angabe der Angeschuldigten zufolge bis auf Hemd und Hose entkleidet, an ihrer Thüre erschienen sein soll? Die Angeschuldigte vermuthet, es möge geschehen sein, um sich unkenntlich zu machen; allein es scheint ein anderer für dieses Erscheinen ohne Spenzer uud Stiefel sprechender und es rechtfertigender Grund obzuwalten.

„Was zuvörderst die Stiefel betrifft, so war es dienlich, solche auszuziehen, um bei dem Durchsuchen des Hauses und besonders bei dem Gehen über die Treppen die Dorothea Glarus nicht zu erwecken. Mahreis soll erst nach 1 Uhr, nachdem der achtjährige Knabe der Angeschuldigten aufhörte zu jammern, und eingeschlafen war, an der Zimmerthüre gepocht haben. Dieses spricht dafür, daß er das Stillschweigen des Kindes vor der Zimmerthüre längere Zeit abgewartet habe. Auch in diesem Falle konnte er barfuß viel geräuschloser verweilen, als in Stiefeln. Auch wäre es einem einzelnen Menschen rein unmöglich, einer Leiche die Stiefel ohne Beihilfe abzuziehen, und jedenfalls wäre nicht einzusehen, was die Angeschuldigte dabei suchen sollte zu sagen, er habe solche ausgezogen gehabt, da es ihre Schuld weder vergrößert noch vermindert hätte, zu erzählen, sie habe ihm solche erst nach der Tödtung ausgezogen.

„Gleiches Bewandniß hat es mit dem Spenzer, durch dessen Ablegung Friedrich Mahreis tüchtiger und bereiter zum Angriffe wurde, und wenn man es endlich so unerklärbar finden wollte, daß derselbe in so tiefem Ne-

glige erschienen sei, ist es denn nicht auch unerklärlich, daß er seine Schirmmüze nicht auf dem Kopfe hatte?

„Indessen scheint, einem unbestimmten Gerüchte nach zu urtheilen, gerade die Entkleidung des Mahreis der Punkt zu sein, den man der Angeschuldigten bereitwilliger, als ich voraussezte, glauben, daraus aber auf ein vertrautes Verhältniß derselben mit dem Entleibten schließen, überhaupt den ganzen Vorfall anders, sei es auch auf eine Art sich denken will, wie er mit keinem Nebenumstande harmonirt und eben undenkbar ist. Die Akten zeigen aber, daß ein vertrauter Umgang zwischen der unbescholtenen Anna Gößler, und dem gleichfalls untadelhaften Kanonier Mahreis durchaus nicht Statt hatte. Lezterer fand sich beinahe täglich in der gößlerischen Weinschenke ein, besorgte der Frau, die sich von Haus und Wirthschaft schwer entfernen konnte, kleine Dienste in der Stadt, und mehr gehört wirklich nicht dazu, daß frivole Kriegsmänner, die auf Kosten eines Kameraden einen beissenden Wiz auf das Tapet bringen wollen, ein Liebesverhältniß daraus gestalten. Wenn daher der Zeuge Schreger bemerkt, solches sei bei der Kompagnie bekannt gewesen, so beruht dieses entweder auf prahlerischem Geschwäze des Friedrich Mahreis, oder es steht mit diesem Gerüchte, wie mit den Schlägen, die derselbe einmal in der gößlerischen Schenke bekommen haben sollte, und von denen in der Folge sich herausstellte, daß die Fabel dieser Prügelei aus einigen Kontusionen des Mahreis voreilig geschlossen wurde, ohne daß man den Urheber im Geringsten kannte. Gerade die Soldaten, bei denen diese Sache so gemeinkundig gewesen sein soll, wissen aus eigner Wissenschaft nichts davon anzugeben. Der Bombardier Wilhelm Schneider bemerkt hinsichtlich des angeblichen Verhältnisses: es sei eine Vermuthung von ihm gewesen, gesehen habe Niemand etwas. Eben so hat der Korporal Bärmann keine Vertraulichkeit bemerkt, und nach Barbara Reusch behandelte Anna Gößler den Friedrich Mahreis nicht anders, als andere Gäste auch. Daß Anna

Gößler ihrem Manne abgerathen, den Strauß einzuziehen, daß Mahreis einmal mit ihr leise gesprochen und statt derselben Kartoffeln gesezt haben soll, diese unwichtigen Vorfälle, welche in dem Verhältnisse einer Wirthin zu einem bekannten alltäglichen Gaste nichts Verdächtiges enthalten, stellt Philipp Gößler selbst nicht als Verdachtsgründe ehelicher Untreue auf, sondern blos als die einzigen Gelegenheiten, bei welchen er seiner Frau nicht etwa ihre Ausschweifung, sondern blos eine Unschicklichkeit zu bereden Anlaß nahm. Außer diesen unwichtigen Beobachtungen auch die einer Untreue gemacht zu haben, stellt Philipp Gößler selbst in Abrede. Noch kommen Aeußerungen vor, daß Mahreis Bettstücke der Gößler verkauft und sich gerühmt haben soll, einen Hausschlüssel von ihr zu besizen und ein Paar Stiefel von ihr zu erhalten. Allein eben diese Ruhmredigkeit in Herzensanliegen ist meistens mit einer solchen Dosis von Lügenhaftigkeit verbunden, daß eher jeder andern Person Glaube beigemessen werden könnte, als dem nur seiner alleinigen Aussage nach begünstigten Schäfer. Wozu brauchte Mahreis einen Hausschlüssel, da das gößlerische Haus bei Tag offen stand, und bei Nacht nicht verschlossen, sondern verriegelt wurde? Und warum fand sich der Schlüssel nicht unter seinen Effekten vor? Die Unrichtigkeit der das eheliche Verhältniß der Anna Gößler antasten sollenden Momente bestimmt mich so dringend, ihren tadellosen Ruf zu rechtfertigen, daß ich beinahe den Gewinn ganz vernachläßige, der unter Annahme eines genaueren Umganges zwischen Friedrich Mahreis und Anna Gößler in gegenwärtiger Untersuchung für, nicht gegen meine Klientin erwächst. Angenommen auf einen Augenblick, Mahreis sei der Begünstigte dieser Frau gewesen, (in welchem Falle die Abweichung ihres Geständnisses in der weiblichen Zurückhaltung und dem ehelichen Bande gewiß Erklärung und Entschuldigung fände) lag es denn in dem Interesse derselben, des Mahreis Leben zu vernichten oder zu erhalten? Die Antwort fällt jedenfalls zu Gunsten der Angeschuldigten

aus,

aus, und ist ihrer Entschuldigung dienlicher, als der Anklage. Will man sich aber durchaus von dieser fabelhaften Liebschaft nicht abbringen lassen, und ein- für allemal das Verderben des Entseelten aus dieser Quelle leiten, dann müßte man noch weiter gehen, und etwa eine Zänkerei oder eine eifersüchtige Szene als Episode einschalten, d. h. von einer Hypothese zur andern springen, und ein Anschuldigungsmoment, das den Akten ganz fremd ist, vom Zaune brechen. Von einer Eifersucht liegt in den Akten nicht einmal eine Andeutung vor; es wäre sogar ganz unerklärlich, daß eine selbst auf Abwegen wandelnde Ehefrau den Alleinbesiz eines Liebhabers mit solcher Leidenschaftlichkeit anspräche, von welcher die Beispiele nur im ehelichen Leben und in der erlaubten Liebe vorkommen, bei welcher Rechte gefordert und Pflichten verlezt werden können, und Schande und Ausschweifung des einen Theils auch auf den andern zurückwirken. Bei einer ruhigen Frau, wie Anna Gößler beschrieben wird, kann gewiß nicht einmal die gänzliche Hintansezung als Eheweib und am allerwenigsten die Vernachlässigung von Seite eines heimlichen Liebhabers jene Steigerung zu einer Furie hervorbringen, in der sie entschlossen gewesen wäre, mit dem Beile in der Hand eines Exzesses wegen zu wüthen, dessen sie selbst sich schuldig hätte fühlen müssen. Ueberhaupt ist dieses der Punkt der Untersuchung, über welche meine Klientin am ruhigsten sein darf, da es in Baiern nicht hergebracht ist, Anschuldigungen — so grundlos, wie die allenfallsiger Eifersucht oder eines allenfallsigen Liebesverständnisses wegen — aus der Luft zu greifen.

„Ich will übrigens, ehe ich meine Klientin aus diesem ungünstigen Lichte treten lassen, wiederholt annehmen, Friedrich Mahreis habe mehr, als bloses Vertrauen, bei ihr genossen; darum ist doch die Anführung der Nothwehr nicht um das Geringste unwahrscheinlicher, als außerdem, und meine Klientin wegen leichtfertiger Grundsäze über den Ehestand noch nicht der Kriminaljustiz verfallen. Denn man denke sich den Tödtungsakt auf jede andere, als die

von der Angeschuldigten erzählte Art, und löse mir die einzige Frage: wie die am Untertheile des Strohsackes befindliche und an den übrigen Bettstücken mangelnde Blutspur zu erklären sei? Man löse sie, ohne blanke Vermuthungen als baare Münze zugeben, und ich fange an, meine Ueberzeugung unterzuordnen.

„Ueberhaupt steht das aus ganz freiem Antriebe und unumwunden abgelegte Geständniß der Angeschuldigten mit allen erhobenen Thatumständen in so merkwürdigem Einklange, daß nicht der geringste Zweifel an dessen Inhalt aufkommen kann. Der Untersuchungsrichter hat sich sogar die Mühe genommen, außerwesentliche Umstände, die sie in ihren Verhören hinwarf, und deren Prüfung sie unmöglich voraussehen konnte, genau zu untersuchen. Er ließ den Versuch machen, ob man im obern Stocke die im mittleren stehende Uhr schlagen höre, er suchte den mit dem Beile angeblich erst kurz zuvor eingeschlagenen Nagel auf, und — die Uhr schlug hörbar, und der Nagel hatte Spuren frischer Schläge. Nirgends ist eine Andeutung irgend eines Widerspruches, von der eine erdichtete Aussage nie ganz frei geblieben sein würde. Und man wird doch nicht von einer schlichten Fischersfrau, die ihren Namen kaum schreiben kann, erwarten, daß sie den ganzen Schreckensroman kunstmäßig, gleich einer Luise Brachmann, umgearbeitet habe, bis er zu allen Umständen paßte und alle Umstände zu ihm, so daß selbst der unbedeutende Nagel seine Rolle nicht vergebens spielt?! Man wird doch nicht das in ihrem Gesichte habituelle, stupide Lächeln für den feinsten Sarkasmus halten, womit sie dem Untersuchungsrichter ihr Geisteswerk auftischt?! — Und doch müßte man Beides thun, wollte man an der Wahrheit eines solchen Geständnisses noch zweifeln. Dasselbe erklärt die That so vollständig und so richtig, daß es mehr als zu Genüge jenen Grad von Wahrscheinlichkeit enthält, der nach Art. 134. Th. 1. des Strafgesezbuches dem vollen Beweise des Nothstandes gleichstehet, und mich berechtigt, um die Lossprechung meiner Klientin nach Art. 125. a. a. O. zu bitten.

„Es könnte jedoch nach eben dieser Gesezstelle noch in Frage gezogen werden, ob bei Anwendung der erlaubten Privatgewalt die gesezlichen Gränzen auch seien eingehalten worden. Daß in dem Erfolge des Todes nicht immer und an sich schon eine Ueberschreitung der Gränzen erlaubter Gewalt liege, folgt aus Art. 125, Th. 1 des Strafgesezbuches, welcher außerdem nicht bestimmen könnte, die Tödtung des Angreifers sei unsträflich, wenn die gesezlichen Gränzen dabei nicht überschritten seien. Die Lage der Anna Gößler in der Nacht vom 6. auf den 7. September war schrecklich genug, um sie auch dann für entschuldigt zu halten, wenn sie bei ihren Beilhieben den Tod des Angreifers wirklich beabsichtigt hätte. Selbst die geübteste Hand kann bei Führung ihres Streiches nicht bestimmen, daß er betäuben, aber nicht tödten soll, und Anna Gößler hatte vollends alle Ursache, den Streich eher zu sicher, als im Mindesten wankend zu führen, denn

„„Entrann er dießmal kraftlos ihren Händen,
Sie hatte keinen zweiten zu versenden.““

„Der Tod des Friedrich Mahreis war nach Angabe der gößlerischen Ehefrau zwar nicht in ihrer Absicht gelegen, deßhalb ist aber eine Ueberschreitung der Gränzen erlaubter Gewalt noch nicht vorhanden, da die Thäterin zu einem gefährlichen Streiche berechtigt war, und der Erfolg rücksichtlich ihrer rein zufällig, ja sogar eine den Umständen des Falles durchaus nicht unangemessene Strafe des Angreifers ist. Die Umstände waren auch von der Art, daß der Schrecken und die Furcht selbst jene Störung der Besonnenheit allerdings hervorbringen konnten, welche Anna Gößler so richtig beschreibt. Man denke sich: ein Weib, nach Mitternacht in ihrer Schlafkamer überfallen, wehrlos und unbekleidet, außer einem Kinde ganz allein im obersten Hausstocke und beinahe im ganzen Hause, in einer abgelegenen Straße, wo jeder Hilferuf eitel war und nur ihrem Leben gefährlich werden konnte, man denke sich den Räuber im Begriffe, einen an sich schon bedeutenden Theil des Vermögens mit sich zu nehmen, der um so

mehr Werth hatte, als er der sauer verdiente Lohn eines armen Fischers war, man erwäge, daß die That im Finstern vorfiel, man erwäge, wie sehr die Furcht im Zustande der Schlaftrunkenheit sich vergrößert; — und ich wüßte nicht, welchen noch schrecklicheren Moment der Gesezgeber vor Augen gehabt haben könne, als er im Art. 130, Th. 1 des Strafgesezbuches die aus Ueberraschung übermächtiger Furcht in gestörter Besonnenheit überschrittene Gränze der Privatgewalt gleichfalls für straflos erklärte.

„Aus der unterlassenen Anzeige des Vorfalls die Vermuthung überschrittener Gränzen der Nothwehr zu ziehen, geht wenigstens hier nicht an, da die Angeschuldigte, welche doch gewiß den Nothstand genügend nachwieß, nach Art. 135, Th. 1 des Strafgesezbuches sogar die Vermuthung eingehaltener Gränzen der Privatgewalt für sich hat, jedenfalls also die zwei widersprechenden Vermuthungen sich gegenseitig aufheben.

„Eben diese unterlassene Anzeige ist das Einzige, was der Angeschuldigten fortwährend zur Last fällt, und gegen den gesezlichen Begriff dieser Uebertretung zu streiten, würde ein fruchtloses und frivoles Unternehmen sein. Hier bleibt nur übrig, die Beweggründe aufzuzählen, welche Anna Gößler von einer gerichtlichen Anzeige zurückhalten mußten, und ihre Verheimlichung bedeutend entschuldigen.

„Anna Gößler, eine ungebildete Fischersfrau, erschreckt von dem trüben Ausgange der Sache, konnte nicht jene feinen gesezlichen Unterschiede kennen, zufolge welcher bei der Bestrafung ihre subjektive Schuld in hauptsächliche Betrachtung kam. Eine Tödtung war geschehen, und von dieser Schrecknis kann der Verstand gemeiner Leute den Begriff der Strafe der Tödtung nicht trennen. Selbst izt ist sie ja noch in Untersuchung und Verhaft. Bei den beiden Gelegenheiten, der Anerkennung der Leiche und des Ortes der That, als sie stark bewacht einen Theil der Stadt durchwandeln mußte, hat die gaffende Menge in Unzahl sie umringt, und in Aller Augen war die Verachtung zu lesen,

welche den gedungenen Mörder nicht schimpflicher treffen konnte. Auf diese Art hat die Gefühllosigkeit des Pöbels ihr eine zweimalige Marter bereitet, die der öffentlichen Ausstellung vollkommen gleichkömmt. Von allen diesen Schrecknissen der Justiz hätte sie durch die Selbstanzeige auch nicht eine vermieden. Und sollte sie als Hausfrau und Mutter dem Kerker gerade in dem Augenblicke zueilen, wo sie ihre Wirthschaft einstellen, ihr Haus unbewohnt lassen, und ihrem Manne anheimstellen mußte, sich in seinen Pfählen, wie in der Höhle eines Verbrechers, zurecht zu finden? Sollte sie ihr achtjähriges Kind gerade in dem Momente seiner Krankheit und Hilflosigkeit verlassen? Diese häußlichen Verhältnisse waren doch wenigstens geeignet, in ihrer Seelenangst den Ehemann als Tröster zu erwarten, der — wie sich bestätigte — bald nach der That zurückkehren mußte, und sprechen sehr für ihre Angabe, daß sie die Anzeige noch habe machen wollen.

„Wird aber troz allen diesen Milderungsgründen, vor denen ein tadelloser Ruf und ein aufrichtiges Bekenntniß schon erwähnt sind, immer noch strenge auf den Buchstaben des verkündeten Gesezes hingewiesen, so hätte selbst eine mit dem Geseze vertrautere Person, als ein Fischerweib, einsehen müssen, daß der Beweis ihrer Unschuld an so ganz zufälligen Umständen und ihr Lebensglück nicht etwa, wie in andern Fällen, an Beweisen, sondern an dem dünnen Faden bloßer Muthmaßungen hänge, und sie hatte zu allem Ueberflusse an dem vor Kurzem erst verurtheilten Kärner Johann Englert das lebendige Beispiel, was von einem unvollständigen Nachweise der Nothwehr zu erwarten sei. Das Gesez ist so human, die Selbstbefreiung eines Gefangenen aus natürlichem Freiheitsgefühle zu erklären, und ihn straflos zu lassen, und wahrlich — Anna Gößler folgte keinem schlimmeren Gefühle, als sie eine Anzeige unterließ, welche Unterlassung ihr itzt zur Strafe gereichen soll.

„Diese vielen für Anna Gößler sprechenden Entschuldigungs- und Milderungsgründe lassen den Vertheidiger Willfahrung hoffen, wenn er die Bitte stellt, zu erkennen:

daß Anna Gößler, die Urheberin der Tödtung, wegen Anwendung erlaubter Privatvertheidigung derselben als eines Verbrechens nicht schuldig, daher von der deßfallsigen Strafe freizusprechen sei, daß sie dagegen der unterlassenen Anzeige angewandter Privatgewalt als einer Uebertretung schuldig, daher mit einer höchstens 14 tägigen und mit Rücksicht auf ihre häußlichen Verhältnisse durch Schärfung auf die Hälfte herabzusezenden Gefängnißstrafe zu belegen sei."

N. N.

§. 8.

Urtheil.

Am 13. Oktober 1830 wurde das appellationsgerichtliche Urtheil erlassen; dasselbe folgt hier nach, die darin enthaltene Thatgeschichte ist jedoch weggelassen, da sie bereits im §. 1. vorangeschickt worden ist:

„Im Namen Seiner Majestät des Königs.

„Das königlich baierische Appellationsgericht für den Untermainkreis, als Kriminalgericht erster Instanz, erkennt in der Untersuchungsache gegen Anna Gößler, Ehefrau des Fischermeisters Philipp Gößler von Würzburg, wegen Tödtung des Oberkanoniers Friedrich Mahreis bei dem königlich baierischen zweiten Artillerie-Regimente zu Recht:

„1) Daß Anna Gößler des Verbrechens der Tödtung nicht als schuldig befunden worden sei, daher von der Strafe dießfalls freigesprochen werde,

„2) daß sie jedoch wegen unterlassener Anzeige des Vorfalls mit einer einfachen Gefängnißstrafe von vierzehn Tagen zu belegen, und

„3) schuldig sei, sämmtliche Untersuchungs-, Arrest- und Vertheidigungskosten zu tragen, welche leztere im Ansaze zu fünfzehn Gulden 46 Kr. genehmigt werden.

Entscheidungsgründe.

„Daß objektiv hier das Verbrechen der Tödtung

vorliege, ist außer Zweifel, indem durch die gerichtliche Leichenschau, die Sektion und das gerichtsärztliche Endgutachten hergestellt ist, daß der Oberkanonier Friedrich Mahreis in Folge der erhaltenen Kopfverlezungen eines gewaltsamen Todes gestorben ist. Diese Verlezungen waren nothwendig, ihrer allgemeinen Natur nach und ohne besonders wirkende Zwischenursache tödtlich, was das gerichtsärztliche Personal mit voller Gewißheit ausspricht.

„Anlangend aber die Schuld der Anna Gößler, so hat sie wiederholt einbekannt, den Oberkanonier Friedrich Mahreis durch zwei mit einem Beile auf dessen Kopf geführte Schläge getödtet zu haben. Daß mit dem in den Akten beschriebenen und von der Angeschuldigten anerkannten Beile solche Verwundungen beigebracht werden konnten, wie diejenigen, welche den Tod des Mahreis bewirkten, ist gleichfalls nach dem gerichtsärztlichen Ausspruche zur Gewißheit erhoben.

„Die Angeschuldigte schüzte jedoch bei ihrem Bekenntnisse der That die Einrede der Nothwehr vor, und es ist daher zu erörtern, welche Gründe für oder gegen die Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit dieser Einrede in den Akten liegen, insbesondere handelt es sich darum:

I) ob überhaupt Nothwehr vorhanden gewesen,

II) ob kein Exzeß in der Nothwehr begangen worden sei,

III) ob nicht auf jeden Fall die Angeschuldigte wegen unterlassener Anzeige der Handlung strafbar erscheine.

„Zu I) Der Art. 125, Th. 1. des Strafgesezbuches erlaubt die Anwendung der Privatgewalt bei rechtswidrigen Gewaltthaten und verbrecherischen Angriffen auf Personen oder Güter, zu deren Abwendung die Aufforderung obrigkeitlicher Hilfe unmöglich oder die gegenwärtige obrigkeitliche Hilfe unzureichend ist, und erklärt die in solcher rechtmäßiger Vertheidigung geschehene Vergewaltigung, Beschädigung oder Tödtung des Angreifers für unsträflich, wenn die gesezlichen Gränzen dabei nicht überschritten sind. Daß insbesondere gegen räuberische Angriffe Nothwehr zulässig sei, ist nach Art. 129. a. a. O. klar, nach Art. 134.

a. a. O. aber wird die Einrede der Nothwehr nicht vermuthet, sondern muß von dem Angeschuldigten durch Beweis zur Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit dargethan werden.

„Daß im vorliegenden Falle Anna Gößler sich im Zustande der Nothwehr befunden habe, dafür sprechen folgende Gründe:

„1) Zu jedem großen Verbrechen wird immer auf Seite des Thäters ein besonderes Interesse zur That erfordert, und je höher die Strafbarkeit eines Verbrechens steigt, desto mehr muß ein vom Thäter hieraus zu ziehender Gewinn erwiesen sein. Bei Anna Gößler aber läßt sich ein Interesse zu dem am Kanonier Mahreis zu vollführenden Verbrechen der Tödtung gar nicht denken. Daß Mahreis mit der gößlerischen Ehefrau einen vertrauten Umgang pflog, ist nicht erwiesen; was die Kameraden des Getödteten sich untereinander hiervon erzählten, beruht auf blosen Gerüchten; der Ehemann der Angeschuldigten wagt selbst nicht, seine Frau einer Untreue zu beschuldigen. Da Mahreis anderthalb Jahre lang das gößlerische Haus besuchte, so war er natürlich auch mit den Verhältnissen seiner Wirthsleute vertrauter geworden; es läßt sich daraus auch wohl erklären, wenn er hier und da der Angeschuldigten in ihrem Hauswesen Dienste leistete, ohne daß als Grund solcher Gefälligkeiten ein verbotener Umgang unterstellt zu werden braucht. Daß Mahreis von der gößlerischen Ehefrau Geschenke erhalten, hat sich nicht erwiesen; eben so wenig hat sich ein Schlüssel zum gößlerischen Hause unter seinen Effekten gefunden. Die deßfallsigen Aeußerungen des Mahreis gegen seine Kameraden zeigen daher nur, daß er wahrscheinlicher Weise mit einem Verhältnisse prahlen wollte, welches gar nicht existirte. Der gute Leumund der Angeschuldigten spricht selbst gegen die Annahme eines vertrauten Umganges mit Mahreis. Wollte aber selbst ein solcher Umgang vorausgesezt werden, so läßt sich die vorliegende That daraus um so weniger erklären, da von Zwistigkeiten, die zwischen dem Getödteten und der Angeschuldigten entstanden sein könnten, keine Spur in den Akten zu finden ist. Auch

kann nicht Eifersucht als Grund der That auf Seite der Angeschuldigten angenommen werden, da gar nicht hergestellt ist, daß Mahreis außer dem gößlerischen Hause an einem anderen Orte ein besonderes Verhältniß mit einer Weibsperson angeknüpft hatte. Ein Interesse zur That läßt sich daher außer dem Falle der Nothwehr bei Anna Gößler nicht vermuthen.

„2) Mahreis wußte, daß die gößlerischen Eheleute mehrere hundert Gulden baaren Geldes in ihrem Hause liegen hatten. Der unbeeidigt vernommenene Ehemann der Angeschuldigten sagt aus, daß der Getödtete mit angesehen habe, wie er dieses Geld nach Hause gebracht, und einen Theil davon seinen Mittheilnehmern an dem Pachte der Winterung herausbezahlt habe. Diese beiden Mittheilnehmer reden eidlich von der Gegenwart eines Kanoniers aus, als sie das Geld in Empfang genommen, der Eine bezeichnet den Kanonier als denjenigen, der gewöhnlich bei Gößler sich aufhielt. Durch Uebereinstimmung dieser drei Zeugen ist es mithin zur Gewißheit gebracht, daß Mahreis um das im gößlerischen Hause liegende baare Geld wußte.

„3) Hierzu kömmt, daß Mahreis selbst kein Vermögen besaß, noch solches zu erwarten hatte, da über die Verlassenschaft seiner Aeltern der Konkurs ausgebrochen ist. Zwar sind von ihm keine Schulden bekannt, als seine Monturschuld, welche aber bekanntlich durch allmäligen Abzug an der Löhnung abgetragen wird, und deßhalb nicht in Anschlag kommen kann. Doch sagen seine Kameraden, daß er ihnen hier und da Effekten zum Kaufe angeboten habe, woraus wohl geschlossen werden kann, daß er Geld gebraucht habe. Es ist daher einiger Maßen ein Interesse wahrscheinlich gemacht, daß Mahreis sich Geld verschaffen wollte. Da er im gößlerischen Hause gut bekannt war, läßt sich auch annehmen, daß er hier das Geld, von dessen Dasein er Wissenschaft hatte, suchte, um so mehr, als nach der Zurückkunft des Philipp Gößler, welcher jeden Augenblick von seiner Reise zu Hause wieder eintreffen

konnte, es ihm wohl unmöglich gewesen wäre, zu dem Gelde zu gelangen.

„4) Es ist erwiesen, daß Mahreis zur Zeit des Zapfenstreiches am 6. September Abends um 9 Uhr in der Kaserne anwesend war, und sich nachher wieder heimlich daraus entfernte, er mußte sich von der Kaserne aus unvermerkt in das gößlerische Haus eingeschlichen haben. Diese heimliche Entfernung zu einer Zeit, wo kein Soldat ohne Erlaubniß aus der Kaserne abwesend sein darf, zeigt gleichfalls, daß Mahreis mit Verübung einer unerlaubten Handlung umgegangen sein mag.

„5) Daß an der Person der Anna Gößler Gewalt gebraucht worden, gab der unter Zuziehung des gerichtsärztlichen Personals am 20. September vorgenommene Augenschein zu erkennen, die Verlezungen am Arme und an der Brust der Angeschuldigten schienen durch Fingernägel zugefügt und bereits vor 10 — 14 Tagen entstanden zu sein; sie können daher von dem kritischen Vorfalle herrühren, und es ist nicht zu vermuthen, daß die Angeschuldigte selbst sich solche, nach der ersten minder genauen Besichtigung am 9. September, erst beigebracht habe.

„6) Für die Einrede der Nothwehr sprechen auch Zeit und Ort der That. Das Wohnhaus der gößlerischen Eheleute steht in einer einsamen Straße, gegenüber zieht sich ein großer Garten die Straße hinab, das eine Nebenhaus war zur Zeit der That im Bau begriffen und unbewohnt, das andere Nebenhaus wird von einem Fischer und Schuhmacher und das Parterre des gößlerischen Hauses selbst von einer bejahrten Witwe bewohnt, während die That im obersten Stocke des Hauses vorging. Ein Hilferuf der gößlerischen Ehefrau aus den Fenstern in tiefer Nacht wäre daher wohl vergeblich gewesen, denn bis die Nachbarsleute aus dem Schlafe erwacht und beigesprungen wären, hätte der Angreifer Zeit genug gehabt, die verbrecherische That zu vollenden. Wäre es auch der Angeschuldigten gelungen, das Zimmer und Haus zu verlassen, um Hilfe aufzusuchen, so konnte während der Zeit

auch die That vollendet werden. Weder Privatpersonen, die in der Nähe wohnen, noch die ohnehin bei 200 Schritte entfernten Soldaten der Stadtwache am Eingange der Kaserne konnten, da die Gefahr des Verlustes des Eigenthums und selbst des Lebens dringend, und der Getödtete der Angeschuldigten an Körperstärke überlegen war, zur augenblicklichen Hilfe herbeigerufen werden; die Angeschuldigte befand sich daher in einem Zustande, welcher die Anwendung von Privatgewalt rechtfertigt.

„7) Was aber die Angaben der Anna Gößler am meisten unterstüzt, ist der Umstand, daß sich bei dem gerichtlich genommenen Augenscheine Blutspuren an dem Strohsacke vorfanden, der zum Bette ihres Ehemannes gehörte, und in welchem die polizeiliche Kommission das oben erwähnte Geld verborgen fand. Da lediglich der Strohsack und diesem entsprechend der Boden des Zimmers mit Blut befleckt war, während die übrigen Bettstücke von Blut frei blieben, so läßt sich daraus ein bündiger Schluß ziehen, daß der Getödtete gerade in dem Augenblicke die Verlezungen erhielt, als er, wie die Angeschuldigte angibt, die oberen Bettstücke bei Seite geschoben hatte, und im Begriffe war, das Geld aus dem Strohsacke herauszunehmen. Dieser durch den Augenschein mit Gewißheit ermittelte Umstand unterstüzt daher die Erzählung der Angeschuldigten in der Art, daß solche, wenn auch nicht Gewißheit, doch die größte Wahrscheinlichkeit für sich hat.

„Gegen die Annahme der Nothwehr scheinen folgende Momente zu stehen:

„a) Der Getödtete hatte einen guten Leumund, man konnte sich daher zu ihm eines Raubes nicht wohl versehen. Allein der gute Leumund ist an sich schon eine zu allgemeine Anzeigung, diese wird aber im gegenwärtigen Falle durch den gleich guten Leumund der Angeschuldigten aufgewogen, so daß ein Zweifel, ob jenem das Verbrechen des Raubes oder dieser das Verbrechen der Tödtung zur

Last zu legen sei, aus den oben angeführten Gründen Ersteres als das Wahrscheinlichere zu vermuthen ist *).

„b) Mahreis kam, nach Angabe der Angeschuldigten selbst, bis auf Hemd und Hose entkleidet in das Zimmer, und legte vor demselben Jacke und Stiefel ab; der Umstand, daß er nicht bewaffnet war, scheint also das Vorhaben des Raubes weniger, als irgend eine andre Handlung, vermuthen zu lassen. Allein nach der Beschreibung seiner Persönlichkeit war er an Körperstärke der Angeschuldigten überlegen, er konnte also, ohne sich zu bewaffnen, wohl glauben, daß er der gleichfalls seinem Vermuthen nach unbewaffneten schwächeren Weibsperson Meister werden könne **). Um sich zum Angriffe geschickter zu machen, mag er allerdings Stiefel und Jacke vor dem Zimmer ausgezogen haben; jedenfalls ist dieser Umstand zu schwach, als daß er die entgegenstehenden Anzeigungen entkräften könnte.

„c) Man fand im Munde des Getödteten einen leinenen Fezen, und es könnte hiernach scheinen, als ob die Angeschuldigte den Mahreis erstickt oder zu ersticken gesucht habe. Allein es ist nicht anzunehmen, daß die schwächere Angeschuldigte des stärkeren Kanoniers Mahreis sich bei dessen Leben insoweit bemächtigen konnte, daß sie im Stande gewesen wäre, ihm dieses Stück Leinwand in den Mund zu stopfen; auch konnte sie durch diese Vorrichtung allein nicht hoffen, das Athmen des Mahreis zu unterdrücken. Nebstdem sagen die Aerzte aus, daß diese Lein-

*) Im Strafrechte muß ohnehin bei vorhandenem Zweifel die Auslegung zu Gunsten des Angeschuldigten gemacht werden. Leyser, medit. ad Pand. vol. X. spec. DCXLV. med. III. et IV. Quistorp, Grundsäze des teutschen peinlichen Rechtes. Th. 1. §. 3.

**) Dem Friedrich Mahreis mag es auch leichter gewesen sein, ohne Waffen aus der Kaserne zu entweichen, und sich geräuschlos im gößlerischen Hause zu verbergen, als wenn er bewaffnet gewesen wäre.

wand aller Wahrscheinlichkeit nach **erst nach dem Tode** in den Mund des Getödteten gekommen sei, so daß auch hier die Angabe der Angeschuldigten: sie habe dem Getödteten den Lumpen in den Mund gesteckt, um bei dem Herunterschleifen über die Treppen das Zähneklappern zu verhüten, den meisten Glauben verdient *).

„d) Gegen die Angeschuldigte spricht endlich der Umstand, daß **sie die That nicht sogleich der Obrigkeit angezeigt**, vielmehr den Soldaten, welche am 7. September den Mahreis in ihrem Hause suchten, die That verleugnete, den Polizeidiener, welcher am 8. September die Haussuchung vornahm, vom Eintritt in den Keller abhalten, und bei Auffindung des Leichnams zur Verschweigung der Sache bereden wollte, endlich daß sie das Hemd des Getödteten nach ihrer Angabe in den Main trug. Allein nach dem gerichtsärztlichen Gutachten sind die Geisteskräfte der Angeschuldigten ziemlich beschränkt,

*) Würde der Lumpen dem Mähreis **vor** dem Tode in den Mund gesteckt und so derselbe erstickt worden sein, dann hätten sich auch an der Leiche Zeichen des Erstickungstodes finden müssen, als: mit Blut überfüllte, dunkelblaue, strozende Lungen, zerrissene Lungengefäße, Ergießung schäumenden Blutes in die Luftzellchen und in die Luftröhre, starke Ausdehnung des vorderen Herzens und der Hohladern und Ueberfüllung derselben mit Blut, ein blaurothes aufgetriebenes Gesicht, hervorgetriebene Augen, eine geschwollene aus dem Munde hervorgetriebene Zunge, und die Gefäße des Gehirnes und seiner Häute von dunkelfarbigem Blute strozend angefüllt oder gar zerrissen. Diese Zeichen fanden sich aber weder einzeln, noch in Verbindung vor. Dagegen ist es sehr wahrscheinlich, daß, indem das Kinn bei Leichen herabhängt, durch das Schleifen über die Treppen dasselbe an die obern Zähne geschlagen und so ein Klappern verursacht wurde, welches der höchst geängstigten Frau in ihrer einsamen schrecklichen Lage und mitten in der Nacht grausenhaft genug vorkommen mußte, um dasselbe auf die nächste beste Art zu beseitigen, sofort einen Lumpen in den Mund des Getödteten zu stopfen.

und sie scheint, was Empfindung, gemüthliches Verhältniß und Gefühl betrifft, ziemlich stumpfer Natur zu sein, was aus ihrem Benehmen, insbesondere ihrem auffallenden Lächeln bei den Verhören und der Anerkennung des Leichnames, so wie aus ihrer Unterredung mit dem gerichtsärztlichen Personale hervorgeht. Eine Absicht, die That deßwegen geheim zu halten, weil solche mit Vorbedacht verübt worden sei, kann ihr daher nicht wohl zur Last gelegt werden, vielmehr scheint sie nach der That in gestörter Besonnenheit gehandelt zu haben, wie denn auch die Gäste, welche am Abende des 7. Septembers ihre Weinschenke besuchten, beobachtet haben, daß sie ihre gewöhnliche Munterkeit verloren habe, und sehr schläfrig gewesen sei. Daß ihr Benehmen nach der That nicht von Ueberlegung zeigt, ergibt sich auch daraus, daß sie blos das Hemd des Getödteten bei Seite geschafft haben will, während man die übrigen Kleidungsstücke desselben, welche dessen lezten Aufenthalt verrathen mußten, in der Küche noch vorfand *). Sie versteckte den Leichnam unter Stroh im Keller, während doch ihr Mann, den sie gerade von der Reise zurückerwartete, auf der Kellerstiege seine Fischergeräthschaften liegen hatte, und so leicht durch den Geruch der Leiche oder durch andere Umstände die Entdeckung machen konnte. — Auch läßt sich bei der Angeschuldigten, als einer ungebildeten Fischersfrau, keine so genaue Kenntniß der positiven Geseze voraussezen, daß sie hätte wissen sollen, die That der Obrigkeit alsbald anzeigen zu müssen. Die Verheimlichung kann daher nicht als Anzeigung der Schuld gelten, sondern blos, wie weiter unten vorkommen wird, aus Rücksicht auf Art. 136, Th. 1 des Strafgesezbuches zur Strafe kommen **).

---

*) Sie vertilgte auch die Blutspuren nicht.

**) Zu demjenigen, was gegen die Nothwehr spricht, gehört wohl auch der Umstand, daß Anna Gößler nach 10 Uhr die Hausthür verriegelt hatte, daher wohl hätte wissen können, daß ihr Mann die Thüre außen nicht öffnen und nicht

„Da sonach über die verbrecherische Thatsache selbst blos das Geständniß der Angeschuldigten Auskunft gibt, die Umstände des Ortes, der Zeit und der Personen aber die von derselben vorgeschüzte Einrede der Nothwehr höchst wahrscheinlich machen, nach den Anmerkungen zum Strafgesezbuche Bd. 1. S. 318 auch der Wahrscheinlichkeit zum Vortheile des Angeschuldigten bei der Nothwehr rechtliche Wirkung beigelegt werden muß; so ist diese Einrede für so weit erwiesen anzunehmen, daß sie eine Lossprechung der Angeschuldigten von dem Verbrechen der Tödtung zu bewirken im Stande ist.

„Zu II) Aber auch die Gränzen der Nothwehr sind nach den wahrscheinlichen Umständen der That nicht überschritten. In diesem Punkte hat zwar die Angeschuldigte die Vermuthung gegen sich, weil sie die im Art. 136, Th. 1 des Strafgesezbuches geforderte Anzeige unterließ, jedoch wird diese Vermuthung durch nachstehende Momente entkräftet:

„1) Aus dem oben Angeführten ergibt sich, daß die Angeschuldigte nach Ort und Zeit der That keine fremde Hilfe beirufen konnte, sie war sich also allein überlassen.

„2) Unbewaffnet konnte sie den stärkeren Angreifer nicht bezwingen, sie mußte auch vermuthen, daß, wenn er sich des Geldes bemächtigt hätte, er, um nicht verrathen zu werden, sie und ihr Kind vergewaltige.

„3) Sie hatte daher kein anderes Mittel, als nach dem zufälliger Weise im Zimmer stehenden Beile zu greifen, und durch Schläge mit diesem Werkzeuge den Angreifer unschädlich zu machen. Bei der Dunkelheit der Nacht

---

in das Haus kommen konnte, dessenungeachtet aber dieselbe angeblich in der Erwartung ihres Mannes die Zimmerthüre geöffnet haben will. Allein man erwäge, daß Anna Gößler in der Schlaftrunkenheit den Zusammenhang der Dinge nicht so klar einzusehen vermogte, und nebstdem könnte ja die im Erdgeschosse wohnende Dorothea Glarus dem Manne die Hausthür aufgeriegelt haben.

konnte sie die Richtung der Schläge nicht genau berechnen, die Absicht den Mahreis zu tödten, kann aus den Umständen des Ortes und der Zeit daher nicht gefolgert werden, bei dem Drange der Gefahr war es auch nicht in ihrer Macht gestanden, die größere oder geringere Wirkung des angewandten Vertheidigungs-Werkzeuges zu überlegen.

„Die im Art. 128, Th. 1. des Strafgesezbuches vorgeschriebenen Gränzen der Nothwehr wurden daher höchst wahrscheinlich nicht überschritten.

„4) Die Angeschuldigte war mitten in der Nacht überfallen, welche sie ihrer Angabe nach wegen der Krankheit ihres Knaben zur Hälfte wachend zugebracht hatte, und war kaum eingeschlafen, als der Angriff auf sie geschah. Aus dem Schlafe aufgeschreckt war sie mithin nicht bei so ruhiger Besonnenheit, daß sie das Maaß erlaubter Vertheidigung richtig beurtheilen konnte; hätte sie daher selbst auch die Gränzen der Nothwehr überschritten, so kann ihr nach Art. 130. a. a. O. die unverschuldete Unbedachtsamkeit nicht zur Strafe gereichen.

„Zu III) Wer in der Nothwehr einen Andern verwundet oder tödtet, ist indessen schuldig, den Vorfall der nächsten Obrigkeit schleunigst anzuzeigen (Art. 136. a. a. O.). Diese Vorschrift des Gesezes hat die Angeschuldigte nicht befolgt, vielmehr waren bereits anderthalb Tage verflossen, bis der Vorfall auf anderem Wege zur Kenntniß der Obrigkeit gelangte, während welcher Zeit die gößlerische Ehefrau ihre Handlung verheimlichte. Sie sah nach ihren Angaben in den Verhören diesen Fehler selbst ein, und ihre Einrede, sie hätte binnen drei Tagen die Anzeige machen wollen, kann ihr nichts verhelfen, da sie bei der Wichtigkeit des Falles selbst hätte ermessen können, daß die schnellste Anzeige sogleich nach vollbrachter That das sicherste Mittel gewesen wäre, allen Verdacht von sich zu wälzen.

„Auf diese unterlassene Anzeige sezt der Art. 136. a. a. O. eine Strafe von vierzehntägigem bis einmonatlichem Gefängnisse. Erwägt man auf der einen Seite den äußerst auffallenden und in den Folgen so unglücklichen

Vorfall,

Vorfall, auf der andern Seite aber den Umstand, daß die Angeschuldigte ihr Hauswesen allein zu besorgen hatte, so daß wohl glaublich ist, die Furcht vor Arretirung habe sie verleitet, mit der Anzeige der That bis nach der stündlich gehofften Zurückkunft ihres Ehemannes zu warten, so ist eine vierzehntägige einfache Gefängnißstrafe ihrem Verschulden angemessen.

„Als in eine Strafe verurtheilt, und da sie überhaupt durch ihr Benehmen die ganze vorliegende Untersuchung veranlaßte, hat sie nach Art. 404. und 407., Th. 2. des Strafgesezbuches sämmtliche Untersuchungs-, Arrest- und Vertheidigungskosten zu tragen.

„Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden.

„Urkundlich ꝛc. ꝛc. Würzburg am 13. Oktober 1830.

(Siegel.)

Königlich baierisches Appellationsgericht für den Untermainkreis.

Schmitt, Direktor.

Fertig.“

XXII.

Ueber Meineid und Verleitung zum Meineide.

Von

J. B. Sartorius.

---

§. 1.

Einleitung und Uebersicht der Aktenlage.

In einem Gasthause zu Würzburg hatte ein Reisender dem Wirthe N. N., einem sehr übel berüchtigten Menschen, sein Felleisen übergeben, welches derselbe auch annahm, und seinem gleichfalls in schlechtem Rufe stehenden Kellner S. zur Aufbewahrung anempfahl. Dieses Felleisen entkam, und es wurde deßhalb von dem königlichen Kreis- und Stadtgerichte Würzburg eine Untersuchung wegen Diebstahls eingeleitet. Der in dieser Untersuchung am 18. November 1828 vernommene Wirth erklärte eidlich: daß er das Felleisen nicht erhalten, und seinem Kellner nicht übergeben habe. Da der Dieb nicht ausgemittelt werden konnte, so wurde durch Entschließung des königlichen Appellationsgerichtes für den Untermainkreis vom 19. Jäner 1829 die Aufbewahrung der Akten angeordnet.

Schon vor Erlassung dieser Entschließung, am 22. November 1828, hatte der Reisende bei dem königlichen Kreis- und Stadtgerichte Würzburg gegen den Wirth im Civilrechtswege auf Schadensersaz geklagt, und bei der Verhandlungstagfahrt am 26. näml. Mon. erklärte der Beklagte im Widerspruche mit seiner eidlichen Aussage in der Untersuchung: er könne die Annahme des Felleisens nicht widersprechen, allein nicht er selbst, sondern

sein Kellner habe es aufbewahrt. Auf den Grund dieser Einräumung und der bürgerlichen Geseze über die Haftungsverbindlichkeit der Gastwirthe wurde der Beklagte zum Schadensersaze verurtheilt, welchen er auch am 15. Dezember 1828 leistete.

Am 10. Februar 1829 beschloß das königliche Kreis- und Stadtgericht Würzburg gegen den Wirth die Spezial-Untersuchung wegen Meineides, und im ordentlichen Verhöre gestand der Angeschuldigte unumwunden ein, das Felleisen angenommen und seinem Kellner zur Aufbewahrung übergeben zu haben, wobei er seine frühere entgegengesezte Aussage in der Diebstahlsuntersuchung damit entschuldigte, daß er jenesmal „ganz rabiat" gewesen sei, auch etwas viel getrunken gehabt, sich daher versprochen habe.

In der wegen Meineides eingeleiteten Untersuchung sagte der Kellner S. eidlich aus: der Wirth habe ihn und den Hausknecht Johann T. einmal in die Nebenkamer gerufen, und ihnen gesagt, sie sollten bei Gericht ausreden, die Uebergabe des Felleisens nicht gesehen zu haben, und auf seine Gegenvorstellung, daß man ja schwören müsse, habe der Wirth erwiedert: dies habe nichts zu sagen, wenn man in Dingen, wo es auf eignen Nuzen ankomme, falsch schwöre.

Der Kellner S. war dieser Anleitung nicht gefolgt, sondern in der gerichtlichen Vernehmung bei der Wahrheit verblieben, der Hausknecht Johann T. aber, als Zeuge — jedoch unbeeidigt — vernommen, hatte am 5. Jäner 1829 ausgesagt, daß er von der Uebergabe des Felleisens nichts wisse, er leugnete die erhaltene Anleitung zum falschen Zeugnisse, schüzte auf alle Vorhalte sein schwaches Gedächtniß vor, und war zu keiner Eröffnung zu bewegen. Zu bemerken ist hierbei, daß T. wirklich ein gedächtnißschwacher und beschränkter Mensch ist, welcher durch einen früher erhaltenen Schlag von einem Pferde an den Hinterkopf sehr an seinen geistigen Fähigkeiten verloren hat.

Johann T. verharrte bei seiner Angabe auch in sei-

ner Vernehmung am 11. April 1829 in der gegen den Wirth N. N. wegen Meineides geführten Spezial-Untersuchung, und diese Vernehmung wurde mit der Beeidigung des T. geschlossen, nachdem derselbe erklärt hatte, daß er ohne Anstand seine Aussage eidlich erhärten könne. Eine Ermahnung an die Wichtigkeit des Eides und eine Verwarnung vor den Folgen des Meineides waren unterlassen worden.

Durch diese eidliche Bekräftigung und einige aktenmäßige Behelfe des Meineides verdächtig, wurde nunmehr auch Johann T. von dem königlichen Appellationsgerichte für den Untermainkreis am 11. Mai 1829 der Spezial-Untersuchung unterworfen, und im zweiten ordentlichen Verhöre bekannte er sowohl die Uebergabe des Felleisens an den Wirth, als die von demselben erhaltene Anleitung zum falschen Zeugnisse ein. Hierbei gab er auch an: die Magd sei gerade in die Nebenkamer gekommen, und habe die Anleitung des Wirthes mit angehört, ja derselbe habe ihr die nämliche Zumuthung gemacht. Diese Magd gab indessen in ihrer unbeschwornen Aussage an, von Nichts zu wissen.

Die Spezialuntersuchung gegen den Wirth N. N. wegen Meineides wurde auch auf die Verleitung zum Meineide ausgedehnt. Um dem vorgesteckten Zwecke näher zu kommen, verlasse ich den Meineid des Wirthes, welcher deßhalb später von der Instanz entlassen wurde, und gehe zu der Anschuldigung des Johann T. über. Hiermit steht auch die dem Wirthe zur Last gelegte Verleitung zum Meineide in Verbindung, weßhalb auch hierüber die nöthigen Mittheilungen noch folgen werden.

§. 2.

Vertheidigung des Hausknechtes Johann T.

Der Hausknecht Johann T. hatte mir seine Vertheidigung anvertraut; ich übergab daher am 16. Junî 1829 folgende Vertheidigungschrift:

„Königliches Appellationsgericht!

„Die Anschuldigung des Johann T. besteht in Folgendem:

„A) Am 11. April 1829 wurde derselbe in der gegenwärtigen Untersuchungsache eidlich vernommen, und sagte aus: sein Dienstherr habe ihm nicht vorher anempfohlen, was er bei Gericht wegen des entkommenen Felleisens ausreden solle.

„B) Der Kellner S. hat am 18. November 1828 eidlich verkundschaftet: der Dienstherr habe zu ihm und zu dem Hausknechte T. gesagt, sie sollten bei Gericht angeben, nicht gesehen zu haben, daß das Felleisen hinterlegt worden sei.

„C) Im ordentlichen Verhöre am 18. Mai 1829 gab T. an, sein Dienstherr habe ihm wirklich gesagt, wie er bei Gericht ausreden solle.

„Hieraus will man einen Meineid ableiten, indem nunmehr offenbar vorliegen soll, daß die früheren Aussagen des T. falsch sind. Alle übrigen scheinbaren Anstände haben sich im Verlaufe der Untersuchung gehoben, und keine Anschuldigung begründet.

„Nach dem Art. 290, Th. 1 des Strafgesezbuches soll derjenige, welcher in einer Untersuchungsache als Denunziant, Zeuge oder Sachverständiger einen falschen Eid geschworen hat, der im Art. 269. a. a. O. angedrohten Strafe des Meineides unterworfen werden. Gibt man nun auch hier zu, daß der Angeschuldigte in dem Protokolle vom 11. April 1829 in der Eigenschaft als Zeuge vernommen worden sei, so muß doch noch untersucht werden, ob nach dem Buchstaben und Geiste der Geseze hier die Ablegung eines falschen Eides angenommen und bestraft werden könne. Dieses ist aber der Fall nicht.

„Schon nach dem Art. 257. Nr. 3 a. a. O. ist in dem Falle, wenn Jemand, von der Obrigkeit zu einem Zeugnisse aufgefordert, sein Wissen verschweigt oder ableugnet, nur einfacher Betrug vorhanden. Eine solche Verschweigung oder Ableugnung ist es hier eben, wovon

die Rede ist, indem Johann T. die ihm angeblich von seinem Herrn gemachte Ansinnung des Meineides verschwiegen hat.

„Indessen ist es gar nicht nöthig, an diesem Artikel festzuhalten, da weit bestimmtere gesezliche Vorschriften zu Gunsten des Angeschuldigten vorhanden sind. Denn das Reskript vom 12. April 1815 *), welches eben so den Art. 269 als 290 erläutert, weil lezterer mit jenem aus-

*) Lithographirte Sammlung der wichtigsten königlichen Reskripte in Beziehung auf das Strafgesezbuch für das Königreich Baiern. B. 1. Nr. 84. „Aus den mit Bericht vom 13. präs. „20. März dieses Jahres eingesendeten Untersuchungs-Akten „wider Michael Heugl, Söldner zu N. wegen Meineides „und dem hierüber von Unserem Ober-Appellationsgerichte „erstatteten rechtlichen Gutachten haben Wir Uns überzeugt, „daß dieser Heugl bei seiner ersten eidlichen Vernehmung „am 17. September vorigen Jahres zwar durch die unrichtige „Angabe, er sei zur Zeit des Vorfalles, worüber derselbe „Zeugschaft ablegen sollte, nicht zu Haus gewesen, sich die- „ser zu entziehen gesucht, aber bei der am 25. September „vorigen Jahres erfolgten weiteren eidlichen Vernehmung, „unter ausdrücklicher Beziehung auf seinen vormals abgeleg- „ten Zeugeneid, sogleich freiwillig und ohne Rückhalt jene „Angabe zurückgenommen und ein vollständiges Zeugniß über „den ganzen Vorfall nach seinem besten Wissen und Gewissen „abgelegt hat. Da diese unter ausdrücklicher Beziehung auf „den Zeugeneid geschehene weitere eidliche Vernehmung als „eine Fortsezung des vorigen Zeugenverhörs betrachtet werden „muß, so kann nach Unserem Erachten von einem falschen „Zeugnisse gar keine Rede sein, besonders wenn man die „Vorschriften des Strafgesezbuches Th. 2. Art. 214. §. 3. und „Art. 216 genau erwägt. Wir finden Uns aus diesen Grün- „den bewogen, dem Michael Heugl nicht nur alle Strafe zu „erlassen, sondern auch denselben hinsichtlich aller Wirkungen „in den vorigen Stand gänzlich und dergestalt zurückzuverse- „zen, als ob gegen ihn niemals eine Strafe erkannt oder „vollzogen worden wäre. Gedachter Heugl ist demnach so- „gleich aus dem Strafarbeitshause zu entlassen, und diese „Entschließung, damit die an ihm bereits vollzogene öffent-

drücklich in Verbindung und Abhängigkeit gesezt ist, ordnet an: daß, wenn ein Beeidigter sich durch eine unrichtige Angabe Anfangs der Zeugschaft zu entziehen suche, bei einer weiteren Vernehmung aber unter Beziehung auf seinen schon abgelegten Zeugeneid sogleich freiwillig und ohne Rückhalt jene frühere Angabe zurücknehme, und ein vollständiges Zeugniß über den ganzen Vorfall nach seinem besten Wissen und Gewissen abgelegt habe, derselbe wegen falschen Zeugnisses nicht bestraft werden könne. Ich weiß nicht, wie der gegenwärtige Fall deutlicher und bestimmter, als hier, im Geseze vorgesehen sein könne. Alle Merkmale sind vorhanden.

„a) Im Protokolle vom 11. April 1829 suchte sich der eidlich vernommene Johann T. in Bezug auf die angeblich von seinem Herrn ausgegangene Verführung zum Meineide der Zeugschaft durch die unrichtige Angabe zu entziehen, daß er nichts davon wisse.

„b) Nachdem er nun auf den Grund seiner ersten Aussage weiter verhört und darauf oftmals zurückgewiesen wurde, nahm er sie bei der Vernehmung am 18. Mai 1829, sobald ihm die Sache einleuchtete, freiwillig und, wie aus der Geberdenbemerkung hervorgeht, ohne Rückhalt zurück, und legte nach seinem besten Wissen und Gewissen ein vollständiges Zeugniß ab, wobei er nachher fest verblieben ist.

Da diese Voraussezungen alle eintreten, und überdies noch bei allen Zweifeln zu Gunsten des Angeschuldigten entschieden werden muß, so ergibt sich nach einer einfachen

---

„liche Ausstellung so viel möglich unschädlich gemacht werde, „vom Untersuchungsgerichte sämmtlichen Gemeindegliedern „von N., dann den Ortsvorstehern des Landgerichtes N. zu „eröffnen. —

„München am 12. April 1815.

Gr. Reigersberg.

Durch den Minister der
General-Sekretär
von Nemmer."

Schlußfolge die Straflosigkeit des Johann T. Das Reskript vom 11. April 1819*) führt zu einer ganz gleichen Ansicht.

„Ueberhaupt ist hier der besondere Fall, daß einestheils die frühere Beeidigung nicht hätte vorgenommen werden sollen, und anderntheils ein reumüthiges offenes Geständniß als An-

---

*) A. a. O. Bd. 2. N. 199. „Wir haben Uns in der Unter„suchungsache gegen N. umständlich schriftlichen Vortrag er„statten lassen, und wollen, daß N. mit einem nachdruck„samen Verweise darüber, daß er in seiner ersten eidlichen Ver„nehmung als Zeuge Umstände angegeben, die er bei seiner „fortgesezten Vernehmung als wissentlich falsch widerrief, be„legt, sodann aber ohne weitere Bestrafung auf freien Fuß „gesezt werde. Hierzu bewegen Uns folgende Gründe:

„So viel die Verleumdung durch falsches eidliches Zeugniß „angehet, wegen derer N. hauptsächlich prozessirt worden ist, „so treten hier ganz dieselben Gründe ein, aus denen Wir „am 12. April 1815 (Reskript. Samml. Nr. 84.) auf erstat„tetes rechtliches Gutachten des Ober-Appellationsgerichtes „dem Michael N. eine gänzliche Straflosigkeit haben ange„deihen lassen. Diese Gründe finden sich in den Jahrbüchern „der Gesezgebung und Rechtspflege für das Königreich Baiern „Bd. 1. S. 296 u. folg. und es ist nicht zu mißkennen, daß sie „eben so gut auf den Fall, wenn der Zeuge falsch für den „Angeschuldigten deponirte, als auch auf den Fall passen, wo „er falsch gegen den Angeklagten deponirt hat. Jenes war „bei Michael N., dieses ist bei N. der Fall. Beide Fälle sind sich „im Wesentlichen ganz gleich, und nur in zufälligen Umstän„den verschieden. Unter diese gehört besonders der Umstand, „daß des Michael N. falsches Zeugniß gar keine Folgen ge„habt, auf das falsche Zeugniß des N. aber gegen die Vik„toria N. die Spezial-Untersuchung erkannt worden ist. „Allein auch dieser Umstand kann keinen Unterschied in Ab„sicht auf die anzuwendenden Rechtsäze begründen, weil N. „ohne Beharrlichkeit auf seine falschen eidlichen Aussagen „diese in einem Zeitpunkte zurückgenommen hat, wo sie noch „keinen Schaden, d. h. keine Strafe begründen, und wo selbst „die Folgen der verhängten Spezial-Untersuchung durch ein „Unschulds-Erkenntniß und durch Vorbehalt der Entschädi-

schuldigungsmittel gelten soll. Johann T. steht nun als Angeschuldigter da; früher wurde er blos deßhalb beeidigt, weil das Gericht die Lage der Dinge nicht kannte.

„Ein Angeschuldigter kann in der gegen ihn gerichteten Untersuchung nicht beeidigt werden; jene voreilige Beeidigung enthielt einen physischen Zwang, gegen sich zu zeugen, und ist für nicht geschehen zu erachten. Ferner wird immer das offene reumüthige Geständniß als ein Milderungsgrund betrachtet, hier aber würde man es zu einem Beweismittel der Anschuldigung verkehren, wenn man darauf eine Beurtheilung bauen wollte. Alle diese Rücksichten, wenn sie umgangen werden, müssen das erkennende Gericht in Widersprüche verwickeln.

„Die Zurechnungsfähigkeit unterliegt großen Bedenklichkeiten. Der Beweis, daß der Angeschuldigte ein schwaches Gedächtniß habe, liegt zwar nicht in den Akten, jedoch schon ein kurzer persönlicher Umgang mit demselben belehrt einen aufmerksamen Beobachter bald von dem Gegentheile. Johann T. wurde einstmals von einem Pferde an den Hinterkopf geschlagen, und hat seit dieser Zeit sehr geschwächte Geisteskräfte, was der Vertheidiger unter Bezug auf seinen geleisteten Eid und die in dessen Formel enthaltenen Säze: alle unerlaubten Kunstgriffe zu vermeiden, und die Gerechtigkeit und Wahrheit auf keinerlei Weise zu gefährden, anmit bezeugt. In der Unterredung hat Johann T. den Faden der Erzählung kaum halten können.

„gungsklage, so wie wirklich geschehen ist, von der Viktoria „N. vollkommen abgewendet werden konnten. Bei dieser „nur außerwesentlichen Verschiedenheit war einer dieser Fälle „eben so, wie der andere zu behandeln.

„München am 11. April 1819.

Max Joseph.

Gr. Reigersberg.

Auf
königlich allerhöchsten Befehl
der General-Sekretär
von Kemmer.“

Bei solchen Umständen ist es sehr wahrscheinlich, daß erst dann, als ihm die treffenden Umstände zu verschiedenen Zeiten mehrmals vorgehalten worden waren, bei ihm die Erinnerung daran in der Stille des Gefängnisses erwachte, und das Geständniß herbeiführte, wobei demnach eine böse Absicht und ein Meineid nicht denkbar sind. Auch läßt sich nicht begreifen, warum außerdem Johann T. nicht früher die Wahrheit gesagt haben sollte. Erwägt man diese Verhältnisse und die Vorschrift des Art. 354, Th. 2. des Strafgesezbuches, daß schon die Wahrscheinlichkeit einer die Strafbarkeit aufhebenden Einrede zur Lossprechung genügt, so ergibt sich auch hier Straflosigkeit.

„Schlüßlich wird noch bemerkt, daß Johann T. im Protokolle vom 11. April 1829 vor seiner Beeidigung nicht gehörig verwarnt und belehrt worden ist*), was allerdings Mitursache gewesen sein mag, daß er sein Gedächtniß weniger anstrengte, und dieser wesentliche Mangel beseitigt ebenfalls die Zurechnung.

Die Richter müssen nämlich, eben um Meineiden vorzubeugen, diese Handlungen vornehmen, welche um so nöthiger sind, als gemeine Leute das bloße Verschweigen nicht für unrecht halten, und den Meineid allein in falschen beschwornen Erzählungen suchen. Sind also Warnung und Belehrung unterlassen worden, so würde dies dem Angeschuldigten zum Besten gereichen, selbst wenn (gegen alle Einräumung) ein absichtliches Verschweigen vorläge.

„Es wird daher gebeten, den Angeschuldigten von der Strafe freizusprechen und von den Kosten zu entbinden, resp. sie dem mitangeschuldigten Wirthe (als verführendem Theile) aufzubürden.

„Würzburg am 16. Juni 1829.

Unterthänigst gehorsamster
Sartorius."

---

*) Es heißt in diesem Protokolle: Fr. „Getraut Er sich, diese Seine Aussage eidlich zu erhärten?" Antw. „Ja, ohne allen Anstand." Hierauf wurde derselbe (T.) legal beeidigt.

§. 3.
Erkenntniß erster Instanz gegen den Hausknecht Johann T.

Im Namen Seiner Majestät des Königs.

Das königlich baierische Appellationsgericht für den Untermainkreis als Kriminalgericht erkennt in der Untersuchung gegen N. N., Gastwirth dahier, und Johann T. von R. wegen Meineides und Verleitung zum Meineide, unter Aussezung der Entscheidung gegen den Wirth N. N., zu Recht:

daß Johann T. des Verbrechens des Meineides als Urheber für schuldig zu halten, daher mit einer Arbeitshausstrafe von vier Jahren zu belegen, auch für immer unfähig zu allen Würden und Ehrenämtern, so wie zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides, und vor Abführung in den Strafort eine Stunde lang mit einer Tafel auf der Brust, welche die Aufschrift trägt: „Johann T. von R. des Meineides schuldig" öffentlich auszustellen sei, und daß die Entscheidung über den Kostenpunkt bis zur Aburtheilung des Wirthes N. N. auszusezen sei.

Entscheidungsgründe*).

Wer in einer Untersuchungsache als Denunziant, Zeuge oder Sachverständiger einen falschen Eid geschworen hat, ist nach Art. 290. Th. 1. des Strafgesezbuches der Strafe des Meineides unterworfen.

Johann T. hat nun offenbar bei seiner eidlichen Vernehmung am 11. April 1829 falsche Thatsachen angegeben, resp. seine Wissenschaft über solche Umstände eidlich verleugnet, wovon er doch seinem nachherigen Geständnisse zufolge Kunde hatte.

Daß diese Vorenthaltung der Wahrheit nicht blos unter den Begriff des Betruges nach Art. 257. Nr. 3.

---

*) Die Thatgeschichte wird, als bereits aus §. 1. bekannt, hier übergangen.

Th 1. des Strafgesezbuches subsumirt werden könne, geht daraus hervor, daß jene Stelle blos von einem nicht beschwornen Zeugnisse vor der Obrigkeit spricht, hier aber es von einem wirklichen Meineide sich handelt, und ohnehin nach der in unserem Strafgesezbuche diesem Verbrechen angewiesenen Stellung der Meineid unter den Gattungsbegriff Betrug gehört.

Wenn ferner auch in dem Protokolle vom 11. April 1829 nicht vorkömmt, daß Johann T. über die Wichtigkeit des Eides und die Folgen des Meineides von dem Untersuchungsrichter belehrt worden sei; so vermag doch dieser Mangel keineswegs das Dasein eines Meineides in dem gegenwärtigen Falle aufzuheben, indem unsere Geseze nirgends eine Bestimmung darüber enthalten, daß bei der Unterlassung der erwähnten Belehrung und Verwarnung ein Meineid gar nicht oder wenigstens nicht vollständig als vorhanden angenommen werden könne, und zwar um so weniger in dem vorliegenden Falle, als Johann T. im vierten ordentlichen Verhöre auf die Frage: ob ihm aus den Religionsgrundsäzen bekannt sei, daß man kein falsches Zeugniß geben dürfe? antwortete: ja wohl! dies ist in der Schule gelehrt worden. Hiernach war also die Meineids-Verwarnung überflüßig.

Der Vertheidiger suchte weiter auszuführen, daß auf den Grund der Reskripte vom 12. April 1815 und 11. April 1819 sein Klient straffrei belassen werden müsse; allein diese Novellen passen gar nicht auf den vorwürfigen Fall. Denn nicht für oder gegen einen Angeklagten, wovon die Novelle vom 11. April 1819 spricht, hat Johann T. am 11. April 1829 ausgesagt, und nicht bei einer weiteren Vernehmung unter Bezug auf seinen schon abgelegten Zeugeneid hat Johann T. seine frühere unrichtige Angabe sogleich freiwillig zurückgenommen (wie die Novelle vom 12. April 1815 sich ausdrückt), sondern dies geschah erst im zweiten ordentlichen Verhöre, wo natürlich von einer Beziehung auf den früher am 11. April 1829 von ihm geleisteten Zeugeneid gar keine Rede mehr sein konnte, und nachdem

er überdies im ersten ordentlichen Verhöre bei seiner früheren falschen Angabe, die er bei seiner Vernehmung am 11. April 1829 gemacht hatte, verblieben war.

Es ist demnach blos noch übrig, darzuthun, daß Johann T. auch wissentlich falsch geschworen hat, was ein vorzügliches Merkmal des im Art. 269. Th. 1. des Strafgesezbuches aufgestellten Begriffes des Meineides bildet.

Nachdem der Angeschuldigte in dem zweiten ordentlichen Verhöre und in den folgenden die Aeußerungen des Wirthes gegen ihn und den Kellner umständlich und ganz übereinstimmend mit der beschwornen Aussage des Lezteren angegeben hat, wovon er bei seiner Vernehmung am 11. April 1829, ungeachtet der ihm gemachten Vorhalte der einzelnen fraglichen Aeußerungen, nichts gehört haben wollte, so folgt hieraus, daß er auch bei seiner eidlichen Vernehmung am 11. April 1829 diese Aeußerungen wissen konnte und mußte. Der Angeschuldigte hat zwar fortwährend behauptet: erst während seines Arrestes sei ihm die Sache so eingefallen, wie er sie in dem zweiten ordentlichen Verhöre erzählt habe, und früher bei der Vernehmung am 11. April 1829 habe er nichts Anderes gewußt, als er dort angegeben habe, und derselbe berief sich hierbei auf sein schwaches Gedächtniß; allein dieses Vorbringen ist mit Nichts unterstüzt, und die Schwäche des Gedächtnisses ganz unerwiesen. Ueberdies spricht gegen die Behauptung des Angeschuldigten der Umstand, daß bei dessen Vernehmung am 11. April 1829 die einzelnen von dem Wirthe gegen ihn gemachten Aeußerungen ihm speziell vorgehalten wurden, der Untersuchungsrichter sohin seinem Gedächtnisse zu Hilfe kam, und derselbe auch Veranlassung hatte, über jene Aeußerungen nachzudenken, nachdem er bereits vorher (am 5. Jäner 1829) wegen des Felleisens bei Gericht vernommen und namentlich gefragt worden war, ob nicht sein Dienstherr ihm Anleitung gegeben habe, was er bei Gericht angeben solle. Ohnehin ist äußerst unwahrscheinlich, daß die fraglichen Aeußerungen des Wirthes, welche der Angeschuldigte im zweiten ordentlichen Verhöre so genau

wiederholen konnte, bei seiner früheren Vernehmung am 11. April 1829 seinem Gedächtnisse dergestalt ganz entschwunden gewesen sein sollten, daß er sich ungeachtet der ihm speziell gemachten Vorhalte nicht mehr darauf hätte erinnern können. Der Art. 272. Th. 2. des Strafgesezbuches findet daher ganz auf den Angeschuldigten Johann T. seine Anwendung. Hiernach soll das Geständniß der That durch die beigefügte Einrede eines die Strafbarkeit aufhebenden Umstandes, in Ansehung welches Inquisit die Vermuthung wider sich hat, weder in seiner Wirkung geschwächt noch aufgehoben werden, außer soferne die Wahrheit solcher Einrede durch Beweis oder bestimmte Gründe der Wahrscheinlichkeit glaubwürdig unterstüzt wird, welches Leztere aber hier dem Angeführten gemäß keineswegs der Fall ist.

Johann T. ist daher des Verbrechens des Meineides als Urheber schuldig.

Die Strafe des Meineides besteht nach Art. 290, 269 und 265, Th. 1. des Strafgesezbuches in Arbeitshaus von vier bis acht Jahren, verbunden mit der Unfähigkeit zu allen Würden, Staats und Ehrenämtern, so wie zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides für immer, und mit öffentlicher Ausstellung vor Abführung zum Straforte.

Erwägt man, daß durch den Meineid des Johann T. kein besonderer Nachtheil entstand, daß er als durch seinen Dienstherrn zum Meineide verleitet erscheint, und daß derselbe im zweiten Verhöre ein Geständniß ablegte, ihm auch keine Erschwerungsgründe entgegen stehen; so stellt sich der niedrigste Strafgrad als angemessen dar, worauf demnach auch erkannt wurde.

Die Entscheidung über den Kostenpunkt mußte vor der Hand ausgesezt bleiben: weil der Wirth N. N., welcher in Bezug auf das von Johann T. begangene Verbrechen als intellektueller Urheber erscheint, noch nicht abgeurtheilt ist.

Würzburg am 3. Juli 1829.

(Siegel.)

Königlich baierisches Appellationsgericht für den Untermainkreis. ꝛc. ꝛc.

§. 4.

Revision des Hausknechtes Johann T.

Sogleich nach Verkündung des vorstehenden Erkenntnisses und genommener Rücksprache mit dem Angeschuldigten gab ich folgende Revision zu Protokoll ab:

„Das beschwerende Erkenntniß des königlichen Appellationsgerichtes vom 3. Juli 1829 beruht hauptsächlich auf unrichtigen Manipulationen des Richteramtes bei der Substanzirung seines Ausspruches, nämlich darauf, daß es da, wo das Gesez nicht unterscheidet, nach seinem Gutdünken Unterschiede festgestellt hat, und zwar zum Nachtheile des Angeschuldigten, ferner daß es bei der Beurtheilung des Johann T. einen solchen subjektiven Maasstab angelegt hat, welcher, abgesehen von allen besondern Verhältnissen, nur auf einen mit gutem Gedächtnisse und klarer Besinnung begabten einsichtsvollen Menschen paßt.

„Ob auf diese Art die Anwendung des Art. 257, Nr. 3. Th. 1. des Strafgesezbuches anders gedeutet werden könne, als in der Vertheidigungschrift gezeigt wurde, soll dem allerhöchsten Ermessen lediglich anheimgestellt bleiben; nur sei hier bemerkt, daß nach der bekannten Auslegungsregel der Strafgeseze in zweifelhaften Fällen der Richter wohl zu Gunsten, gewiß aber nicht zum Nachtheile eines Angeschuldigten besondere Unterschiede und Modifikationen in ein Gesez legen kann. Bei einem so schweren Verbrechen, wie der Meineid, ist es dringend nothwendig, daß bei Ausmessung von Schuld und Strafe mit aller jener Behutsamkeit verfahren werde, welche einem Richter obliegt, der eben so die Unschuld, als die Schuld eines Angeschuldigten aufzufinden suchen muß.

„Wie die Anwendung der angeführten Novellen hier einem Zweifel unterliegen kann, wird durch die Entscheidungsgründe zu zeigen versucht, jedoch nicht gerechtfertigt. Der Angeschuldigte ist als Zeuge Anfangs beeidigt worden, und hat sich durch eine unrichtige Angabe Anfangs der Zeugschaft gegen seinen Dienstherrn zu entziehen gesucht.

Allerdings bei einer weiteren Vernehmung wurde jene frühere Angabe freiwillig und ohne Rückhalt zurückgenommen, und ein vollständiges Zeugniß über den Vorfall nach beßtem Wissen und Gewissen abgelegt; denn nach den einfachen Begriffen des Prozesses ist ein ordentliches Verhör nichts Anderes, als eben eine Vernehmung des Angeschuldigten in der Spezial-Untersuchung, und das zweite, dritte oder folgende Verhör ist eine fernere Vernehmung. Auch in Bezug auf den früheren Zeugeneid wurde das Bekenntniß abgelegt; denn die Akten weisen klar nach, daß die erste beschworne Aussage zur Grundlage aller Verhöre genommen und durch viele Vorhalte immer darauf zurückgewiesen worden ist. Daß ein Beeidigter auch in der Vernehmung, wo er geständigt, als Zeuge auftreten müsse, und nun nicht angeschuldigt sein dürfe, davon enhält kein Gesez ein Wort; dieses könnte nur durch richterliche subjektive Fiktion, nicht ohne Rechtsverlezung, angenommen werden. *) Die Novelle vom 12. April 1815, verbunden mit der vom 11. April 1819, findet also ihre volle Anwendung. Ihr Geist und ihr Grund, beeidigten Zeugen eine nachträgliche Richtigstellung unrichtiger Angaben möglich zu machen, und den Gesezen über den Meineid in der Anwendung die unverhältnißmäßige Härte zu nehmen, würden ganz verkannt werden, wenn man hier unbedingt auf den Art. 290, Th. 1. des Strafgesezbuches zurückkommen wollte.

„Nebst-

---

*) Der Vertheidiger wählt natürlich immer die seinem Klienten vortheilhafteste Ansicht; meine Meinung, welche ich als Richter hätte, wird noch später angedeutet werden; nur soll hier bemerkt werden, daß Michael Heugl, durch welchen das Reskript vom 12. April veranlaßt worden ist, nach Gönner's und Schmidtlein's Jahrbüchern der Gesezgebung und Rechtspflege im Königreiche Baiern (Erlangen 1818 — 1820) Bd. I. S. 298 unter ausdrücklicher Erinnerung an den geleisteten Zeugeneid wiederholt als Zeuge vernommen wurde, und als Zeuge freiwillig seine vorige Aussage zurücknahm.

„Nebstdem stehen noch alle in der Vertheidigungschrift von dem Verlaufe der Sache und der Persönlichkeit des Angeschuldigten hergenommenen Gründe aufrecht. Man kann nicht unwahrscheinlich finden, daß ihm erst nach einer Reihe von Vorhalten die Angabe seines Dienstherrn, welche er als ziemlich gleichgiltig angesehen zu haben scheint, in der Stille seines Gefängnisses beigefallen sei, und es würde gewisser Maßen eine Absurdität herauskommen, wenn man das Gegentheil annehmen wollte; denn alsdann würde der Angeschuldigte gar keinen Grund gehabt haben, die Wahrheit so lange zu verhehlen, er würde entweder sogleich bekannt oder auch ferner geleugnet haben, und nun von den im Strafgesezbuche so sehr gepriesenen Folgen des offenen reumüthigen Geständnisses, welche hier in einer schweren Kriminalstrafe bestehen, verschont geblieben sein.

„Nur ein Zeuge, welcher über das ganze Verhältniß der Sache eine so klare Anschauung gehabt hätte, wie sie nun aus den Akten hervorgeht, hätte bei der ersten Vernehmung alle Umstände genau angeben können; allein hier muß ein ganz anderer Maasstab angelegt werden, zu dessen Rechtfertigung man nur die gewöhnlichen Begriffe des gemeinen Mannes und die Geisteskräfte des Angeschuldigten anzuführen braucht: nach denen oft die klarste Frage unverständlich ist, weil sie nicht in den gemeinen Ausdruck eingekleidet erscheint.

„Bei so erheblichen Vertheidigungsgründen begnüge ich mich nur hier noch schlüßlich mit der Bezugnahme auf die frühere Vertheidigungschrift und den Art. 354. Th. 2. des Strafgesezbuches, wonach schon die Wahrscheinlichkeit einer strafbefreienden Einrede genügt, und wiederhole die schon früher gestellte Bitte."

§. 5.

Erkenntniß erster Instanz gegen den Wirth N. N.

Mit dem Erkenntnisse gegen den Hausknecht T. hatte das königliche Appellationsgericht für den Untermainkreis dem Untersuchungsgerichte die Weisung gegeben, nach voll-

zogener Verkündung dieses Erkenntnisses den Johann T. sogleich seine Aussage hinsichtlich des Wirthes und seiner Magd noch einmal wiederholen zu lassen, hierauf weiteren Vertheidigungs-Termin in Bezug auf den Wirth anzuberaumen, und die Akten sodann wieder vorzulegen. Für den Fall, daß Johann T. gegen das Erkenntniß die Revision ergreifen sollte, war angeordnet, dafür Sorge zu tragen, daß bis zu der vorerwähnten Vorlage der Akten die weitere Vertheidigung des Johann T. sich bei denselben befinde.

Das königliche Appellationsgericht bezweckte offenbar durch die angeordnete Wiederholung der Aussage des Johann T. nach Verkündung des Erkenntnisses, denselben nach Art. 284. Th. 2. des St. G. B. zu einem vollgiltigen Zeugen zu erheben. Obgleich das Gesez die Rechtskraft des Strafurtheiles nicht ausdrücklich fordert, um einen reumüthig bekennenden Mitschuldigen als vollgiltigen Zeugen annehmen zu können, so liegt diese Voraussezung doch schon in der Natur der Sache und in den allgemeinen Grundsäzen der Rechtswissenschaft, weil ein Urtheil, welches die Rechtskraft noch nicht beschritten hat, in rechtlicher Hinsicht noch nicht wirksam ist, und für die Betheiligten keine Folgen haben kann. Demgemäß und nach Analogie der Novelle vom 22. Mai 1814*) hat das königliche Ober-Appellationsgericht des Reichs in der Untersuchung gegen Adam Reuß von Herlheim und Kons. wegen Widersezung und Körperverlezung sich in den Entscheidungsgründen des Urtheils und in einer besondern Entschließung vom 15. Februar 1830 dahin ausgesprochen, daß die Rechtskraft vorausgesezt werde, die appellationsgerichtliche Anordnung ist also nicht zu billigen. Abgesehen von späteren Vorschriften tritt indessen bei dem Meineide der besondere Fall ein, daß Mitschuldige selbst nach eingetretener Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses die Eigenschaft vollgiltiger Zeugen nicht erlangen können, weil sie dann bereits

*) Lithograph. Samml. Bd. 1. Nr. 42.

nach Art. 269. Th. 1. des Str. G. B. als unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides erklärt sind. Nach ausdrücklicher Bestimmung des Art. 284. Th. 2. a. a. O. in Verbindung mit dem von ihm namentlich bezeichneten Art. 278. Nr. 6. sind auch Alle, welche wegen Verleumdung, falscher Denunziation, falschen Zeugnisses oder Meineides verurtheilt oder von der deßhalb wider sie verhängten Untersuchung noch nicht vollkommen losgesprochen worden sind, schlechterdings untüchtige und zum Beweis untaugliche Zeugen. Wenn man nach einigem Nachdenken leicht darauf kommt, und die Novelle vom 22. Mai 1814 es gesezlich ausspricht, daß in dem Falle des Art. 284. Th. 2. des St. G. B. die in der Untersuchung gemachte Aussage das Zeugniß und die Bekräftigung nach Verkündung des Strafurtheils die Vereidung ausmache, so tritt die Wahrheit des Sazes, daß des Meineides Mitschuldige selbst nach eingetretener Rechtskraft des Strafurtheils nicht vollgiltige Zeugen werden können, nur noch mehr hervor, indem nach bestimmter Anordnung des Art. 284. im Absaz 2. die im Art 278. Nr. 6. Th. 2. des St. G. B. benannten Personen nicht einmal ein verdächtiges Zeugniß ablegen können, damit also auch die Unmöglichkeit einer die Vereidung ersezenden Bekräftigung von selbst hinwegfällt; leztere steht ja mit dem Zeugnisse in einem accessorischen Zusammenhange, und wenn man es versucht, den Absaz 3. des Art 284. als unabhängig von dem Absaze 2. und außer Verbindung mit der darin gemachten Ausnahme darzustellen, so muß man annehmen, daß der Mitschuldige blos allein durch Wiederholung seiner Aussage bei der Gegenstellung und Bekräftigung derselben nach Verkündung des Strafurtheils ein vollgiltiger Zeuge werde, welches offenbar unwahr ist. Wer nach dem Absaze 2. des Art 284. nicht als verdächtiger Zeuge betrachtet werden kann, dessen Zeugniß also ganz nichtig ist, für diesen bleibt gar keine Aussage übrig, die er mit voller Beweiskraft ausstatten könnte, indem er sie nachher bei einer Gegenstellung wiederholt und nach Verkündung des Strafurtheils bekräftigt, und es ist nicht

30*

zu verkennen, daß wenn das zu Wiederholende und zu Bekräftigende selbst ungiltig ist, nach den Worten und dem Geiste des Gesezes gar keine Wiederholung und Bekräftigung Statt finden kann. Hätte der Art. 284. für Mitschuldige in der Art eine Ausnahme machen wollen, daß sie zwar für immer untüchtige und zum Beweis untaugliche Zeugen sein, jedoch noch in ihrer Untersuchung gegen ihre Mitschuldige unter gewissen Umständen vollgiltige Zeugen darstellen sollten, so müßte diese Ausnahme bestimmt festgesezt sein, der Richter kann sie nicht hineinlegen. Eine solche Ausnahme erscheint aber nebstdem als absurd und ungerecht, denn wem fällt es nicht auf, daß Niemand zu irgend einer Zeit einen Meineidigen als vollgiltigen Zeugen anzuerkennen braucht, ein Mitangeschuldigter aber diese Bewilligung nicht theilt, sondern der Meineidige gerade in der Untersuchung, wo er immer einiger Maßen betheiligt sein wird, um z. B. in den Augen der Menschen sich als Verführten darzustellen, gleichsam zum Hohne des Strafurtheils, welches ihm so eben die Zeugenfähigkeit abgesprochen hat, noch einmal zum lezten und allerlezten Male einen vollgiltigen Zeugen auf sein unbeschwornes und unbeschwörbares Wort hin vorstellt? Wer würde darin nicht ein unzulässiges Streben erkennen, einen Angeschuldigten gewaltsam durch ein Beweismittel zu überführen, welches allgemein ungiltig ist? Freilich kömmt dabei heraus, daß bei dem Meineide eine Ueberführung der Mitangeschuldigten durch Mitschuldige nicht Statt finden kann, und es entsteht dadurch eine Ungleichheit gegen andere Verbrechen, allein diese Ungleichheit geht aus der Natur der Sache hervor, und es ist gewiß nichts Ungeeignetes, daß auch hier im Strafrechte Regeln ihre Ausnahmen haben, auf jeden Fall sind diese Ausnahmen den Absurditäten der gegentheiligen Ansicht weit vorzuziehen*).

*) Ueber den Werth (oder vielmehr Unwerth) der Aussagen eines Verbrechers gegen Mitschuldige überhaupt nach gemeinem Rechte vgl. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen

Allen diesen Wahrheiten und dem Art. 284. Th. 2. des St. G. B. ganz entgegen ist die Novelle vom 22. Mai 1814 erlassen worden. Nachdem nämlich dieses Gesez den oben für die diesseitige Meinung benüzten Saz aufgestellt hat, daß die Aussage vor der Verurtheilung als das Zeugniß und die nachherige Bekräftigung als das Surrogat der Vereidung zu betrachten sei, kömmt es ganz auf den unrechten Weg, indem es fortfährt: „Eben deßwegen kömmt „der Paragraph 3. des Art. 284. auch bei den zum bür„gerlichen oder physischen Tode verurtheilten Verbrechern „zur Anwendung, indem derselbe keine Strafart ausnimmt*) „und die im Paragraph 2. enthaltene Ausnahme sichtbar (?) „nur auf den Fall beschränkt ist, wo der aussagende Mit„schuldige sonst als verdächtiger Zeuge betrachtet und dem„selben nicht durch den Paragraph 3 die Eigenschaft eines „vollgiltigen Zeugen beigelegt wird. Schon die einstim„mige Meinung aller ältern und neuern Kriminalisten, „welcher einer durch den Tod**) bekräftigen Aussage eines „Mitschuldigen gegen den andern das verdiente Gewicht „beilegen, und Unsere Instruktion über den Vollzug der „Todesstrafe Paragraph 4***) hätte Euch hiervon über„zeugen sollen." Durch dieses Gesez sind nun freilich dem Richter die Hände gebunden, er muß die authentische Auslegung des Art. 284 bei aller ihrer Verkehrtheit sich gefallen lassen. In der Untersuchung gegen Adam Hüge-

---

über verschiedene Rechtsmaterien. (Greifswald b. Koch seit 1826.) Th. 3. S. 292—301.

*) Die Ausnahme ist ja schon im §. 2 vorausgegangen. Sollte sie denn der Gesezgeber wiederholen?

**) Dieser fällt bei dem Meineide weg.

***) Lithograph. Samml. Nr. 32. „Wenn in Gemäßheit des „Strafgesezbuches Th. 2. N. 284. Nr. 3. die Bekräftigung der „Aussage des Inquisiten gegen einen Mitschuldigen erforder„lich ist, darf sie demselben nicht eher, als nachdem er sich „von seiner Bestürzung erholt hat, abgefordert werden.

rich von Würzburg wegen Meineides hat auch wirklich das königliche Ober-Appellationsgericht in den Gründen seines Erkenntnisses vom 7. September 1822 Folgendes gesagt: „Da die Novelle vom 22. Mai 1814 ausspricht, „daß die Ausnahme des §. 2 sich auf den §. 3 des Art. 284, „Th. 2 des St. G. B. nicht bezieht, indem sie erläutert, „daß keine Strafart ausgenommen sei, und daher der an- „geführte §. 3 auch auf die zum bürgerlichen Tode Verur- „theilten Anwendung finde, welche doch ebenfalls unter „der Ausnahme des §. 2 begriffen sind, so ist es von „selbst klar, daß diese Ausnahme des §. 2 unter der Vor- „aussezung des §. 3 auch in Ansehung der wegen des „Meineides verurtheilten Verbrecher cessire.“ Hiermit soll sich diese Abweichung in das Gebiet der Gesezeskritik schlie- ßen, und ich kehre wieder zur Hauptsache zurück, ich kann aber hier dem Art. 284 mein Mitleid nicht versagen, daß er bei aller seiner Klarheit durch die Novellen und mitunter auch durch Richter so sehr mishandelt und genothzüchtigt worden ist.

Durch die Auflage, die etwaige Revision des Johann T. sogleich zu den Akten zu bringen, bezweckte das kö- nigliche Appellationsgericht höchst wahrscheinlich nichts An- deres, als daß, wenn etwa auch der Wirth die Revision ergreifen würde, auf der Stelle die Akten in Bezug auf beide Angeschuldigte spruchreif seien, und an das Ober- Appellationsgericht eingesendet werden könnten. Es dachte sich hierbei, das seiner Meinung nach ohne Zweifel bestä- tigend oder gar schärfend ausfallende oberstrichterliche Ur- theil werde zugleich gegen Beide erfolgen, und demnach könnten Beide auf einmal öffentlich auf der Schandbühne ausgestellt werden. Nach dieser dop- pelten Haupt- und Staatsaktion waren im Publikum viele starken Geister sehr lüstern, und als in der Folge zu ihrem Verdrusse die Sache anders ausfiel, beschlich mich bei dem Gedanken an die oberappellationsgerichtlichen Urtheiler oft eine launige Erinnerung an die Worte, welche Schiller in den Piccolomini Aufz. 2. Auftr. 7. dem Herzoge

von Friedland bezüglich auf Matthias Thurn in den Mund legt:

„Ich weiß, ich weiß — Sie hatten schon in Wien
„Die Fenster, die Balkons voraus gemiethet,
„Ihn auf dem Armensünderkarrn zu sehn —
„Die Schlacht hätt' ich mit Schimpf verlieren mögen,
„Doch das vergeben mir die Wiener nicht,
„Daß ich um ein Spektakel sie betrog."

Die appellationsgerichtliche Auflage wurde von dem Untersuchungsgerichte entschöpft, am 24. Juli 1829 wurde das Urtheil gegen den Wirth erlassen, und auch hierbei wieder angeordnet, für den Fall, daß derselbe die Revision ergreifen sollte, dafür Sorge zu tragen, daß die weitere Vertheidigung baldigst einkomme, und die Akten eingeschickt würden.

Der Ausspruch lautete:

„daß der Wirth N. N. des Verbrechens des Meineides in Konkurrenz mit dem Verbrechen der Verleitung zum Meineide als Urheber für schuldig zu halten, daher mit einer achtjährigen Arbeitshausstrafe zu belegen, auch zu allen Würden und Ehrenämtern, so wie zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides für immer unfähig, und vor Abführung zum Straforte eine Stunde lang mit einer Tafel auf der Brust, welche die Aufschrift trägt:

„„N. N. Gastwirth zum — in Würzburg des
„„Meineides und der Verleitung zum Mein-
„„eide schuldig,""

öffentlich auszustellen, daß ferner Inquisit N. N. schuldig sei, sämmtliche Untersuchungs-, Vertheidigungs- und Arrestkosten zu tragen, und zwar unter solidarischer Haftung auch in Bezug auf die durch die Untersuchung des Mitangeschuldigten Johann T. erwachsenen Untersuchungs-, Vertheidigungs- und Arrestkosten, zu deren Zahlung übrigens Johann T. prinzipell verbunden ist, welche aber bei des Lezteren gänzlicher Vermögenslosigkeit dem Mitangeschuldigten N. N. zur Last fallen. Die Vertheidigunskosten zu — werden genehmigt."

Von den Gründen zeige ich nur die wegen Verleitung zum Meineide als hier sachdienlich an; es ist jedoch hier keine wörtliche Einrückung derselben nothwendig, da sie nur die schon bekannten Zeugenaussagen und Angaben des Johann T. wiedergeben. „Diese Aussagen," heißt es dann weiter, „wiederholte Johann T. nicht nur in den verschiednen ordentlichen Verhören, sondern hielt sie auch bei der gerichtlichen Gegenstellung dem Inquisiten N. N. in das Gesicht vor, und bekräftigte sie von Neuem nach Verkündung des wider ihn erlassenen Strafurtheiles. Auch stimmen seine Angaben mit den über die Umstände des vorwürfigen Verbrechens eingeholten Erfahrungen, namentlich mit den Aussagen des Kellners S., im Wesentlichen überein. Es liegen demnach alle im Art. 284. Th. 2 des Str. G. B. und in der Novelle vom 22. Mai 1814 vorgeschriebenen Erfordernisse vor, um dem Johann T. die Eigenschaft eines vollgiltigen Zeugen beilegen zu können. Berücksichtigt man ferner den Charakter des Inquisiten N. N., wie er sich aus den Akten ergibt, vermöge dessen man sich des fraglichen Verbrechens wohl zu ihm versehen kann, um so mehr, da er schon oben eines gleichen Verbrechens (des Meineides) für schuldig gehalten wurde; so unterliegt es keinem Anstande, den Inquisiten N. N. auch des weiteren Verbrechens der Verleitung zum Meineide nach Art. 269. Th. 1 des St. G. B. als Urheber für schuldig zu halten.

„Die Strafe des Verbrechens des Meineides besteht nach Art. 290. resp. 269 und 265. Th. 1 des St. G. B. in Arbeitshaus auf 4 bis 8 Jahre, verbunden mit der Unfähigkeit zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern, so wie zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides für immer, und mit öffentlicher Ausstellung vor der Abführung zum Straforte.

„In Erwägung, daß hier zwei konkurrirende Verbrechen des Meineides dem Inquisiten N. N. zur Last liegen, daß ihm kein guter Leumund zur Seite steht, und kein offenes Geständniß vorliegt*), erscheint der höchste Straf-

*) Wenn man den Saz behauptet; daß Niemand verbunden sei,

grad mit acht Jahren Arbeitshausstrafe der Schuld des Inquisiten angemessen, wobei auch noch die übrigen vorerwähnten gesezlichen Folgen des Meineides im Erkenntnisse auszudrücken waren.

„In Folge seiner Verurtheilung trifft den Inquisiten N. N. die Verbindlichkeit zur Tragung sämmtlicher Untersuchungs-, Vertheidigungs- und Arrestkosten, und zwar, da er als intellektueller Urheber des von Johann T. begangenen Verbrechens des Meineides erscheint, solidarisch in Bezug auf die durch die Untersuchung gegen diesen T. dann dessen Vertheidigung und Arrest erwachsenen Kosten, zu deren Zahlung übrigens Johann T. prinzipell verbunden ist, welche aber bei dessen gänzlicher Vermögenslosigkeit dem Mitschuldigen N. N. zur Last fallen."

§. 6.

Erkenntniß zweiter Instanz gegen beide Angeschuldigte.

Auch der Wirth ergriff das Rechtsmittel der Revision gegen das appellationsgerichtliche Strafurtheil. Das königliche Ober-Appellationsgericht erkannte am 10. September 1829:

„1) a. daß die gegen den Wirth N. N. wegen Verbrechens des Meineides eingeleitete Untersuchung wegen Mangels des Beweises einzustellen sei, und

b. derselbe des Verbrechens der Verleitung zum Meineide nicht als schuldig befunden, daher von der Strafe freigesprochen werde;

„2) daß Johann T. des Verbrechens des Meineides nicht als schuldig befunden worden, derselbe daher von der Strafe freigesprochen werde;

„3) der Wirth N. N. sei die auf seine Untersuchung er-

---

seine eigene Schuld zu bekennen, so kann die Unterlassung eines offenen Geständnisses bei der Strafausmessung als Schärfungsgrund nicht in Anschlag kommen, wenn gleich der gegentheilige Fall nach Art. 94. Nr. 5. Th. 1 des St. G. B. einen Milderungsgrund abgibt.

laufenen Prozeß-, Vertheidigungs- und Arrestkosten zu tragen verbunden;

„4) sämmtliche in der Untersuchung des Johann T. erwachsene Kosten fallen der königlichen Staatskasse zur Last;

„5) das Deservit des Vertheidigers des N. N. wird auf — festgesetzt."

Von den Gründen werden auch hier die wegen des dem Wirthe zur Last gelegten Meineides übergangen, die übrigen folgen hier nach:

„Zu 1) b. Der Wirth N. N. kann des Verbrechens der Verleitung zum Meineide nicht schuldig erkannt werden; denn

a) Johann T. wurde erst am Schlusse seiner zweiten gerichtlich gepflogenen Vernehmung in der gegen N. N. geführten Untersuchung vereidet, eine Meineidsverwarnung ist nicht aktenmäßig gemacht; nach den Art. 207 und 209. Th. 2 des St. G. B. hätte aber nach den persönlichen Fragen und gepflogener Verwarnung nur die Beeidigung auf legale Weise geschehen können, ein nicht legal abgenommener Eid darf aber für einen wirklichen Eid, wie er im Art. 290. Th. 1 a. a. O. gefordert wird, nicht angesehen werden*).

*) Wenn der Untersuchungsrichter, wie es geschehen ist, in dem Protokolle bemerkte, daß der Zeuge legal beeidigt worden sei, so kann man darunter verstehen, der Zeuge sei unter Beobachtung aller gesetzlichen Vorschriften, also auch des Art. 207. Th. 2 des St. G. B. beeidigt worden. Daß die Belehrung über die Bedeutung des Eides und die Folgen eines falschen Eidschwures ausdrücklich und wörtlich angeführt werde, mag zwar rathsam sein, ist aber nicht unumgänglich nothwendig, weil diese Anführung schon in dem Worte „legal" gewisser Maßen enthalten ist, und das Unsuchungsgericht dabei amtlichen Glauben hat. Es ist aber noch eine sehr zweifelhafte Frage, ob die unterlassene Belehrung mehr ein Formfehler oder ein Nichtigkeitsgrund sei. Daß ich als Vertheidiger die unterlassene

b) Johann T. durfte aber nach Vorschrift der Geseze gar nicht als Zeuge beeidigt werden; denn er war schon durch den Kellner S. in Verdacht gesezt, daß er nach der Anleitung des N. N. die Unwahrheit sagen würde, er hat sie auch wirklich hiernach ausgesagt, und zur Verhütung des Meineides durfte er um so weniger mehr vereidet werden, als er schon dadurch, daß er von dem Verbrechen des N. N., ihn und den S. zum Meineide zu verleiten, gute Wissenschaft hatte, und davon dem Gerichte keine Anzeige machte, zufolge des Art. 78. Th. 1 des St. G. B. als Gehilfe dritten Grades erschien; er hat sich daher als Theilnehmer eines Verbrechens nach Art. 278. Nr. 8. Th. 2 a. a. O. zeugenuntüchtig gemacht, und konnte nach Art. 89 und 211. a. a. O. nicht beeidigt werden; der Eid würde als ein moralischer Zwang, das Verbrechen zu bekennen, angesehen werden müssen; ein erzwungener falscher Eid kann aber nicht ein Meineid sein; es existirt demnach auch nicht eine Verleitung zum Meineide.

c) Dazu kömmt noch, daß der von Johann T. geschworne falsche Eid dem N. N. nicht zugerechnet werden kann;

Anführung der Belehrung zu Gunsten des Angeschuldigten auslegen mußte, war natürlich, als parteiloser Richter wäre ich wohl anderer Meinung. Ein fleißiger und genauer Inquirent wird in den geeigneten Fällen stets im Protokolle bemerken, daß der Zeuge über die Bedeutung des Eides und die Folgen eines falschen Eidschwures umständlich belehrt und sodann beeidigt worden sei. Gegen die Ansicht, daß in dem Ausdrucke „legal beeidigt“ die Beobachtung des Art. 207. Th. 2 des St. G. B. angedeutet liege, läßt sich ja sagen, daß in diesem Art. nur erst von der Legalität der Zeugen-Vernehmung zufolge der Randschrift die Rede ist, von der legalen Form der Vereidung aber erst im Art 209 u. folg. gesprochen werde, der Ausdruck: „legal beeidigt“ also nur die Beobachtung der lezteren Art. nicht des Art. 207. in sich schließe.

denn der Auftrag, falsch auszusagen, wurde nur für den Fall gerichtlicher Vernehmung in der wegen Diebstahls gepflogenen Untersuchung, nach der Angabe des S., gemacht; S. hat aber nicht falsch geschworen, und T. hat nicht in der General-Untersuchung wegen Diebstahles, worauf die Anleitung ging, sondern in der Spezial-Untersuchung gegen N. N. wegen Meineides, wozu T. nicht beauftragt war, den falschen Eid geschworen, er (N. N.) hat daher nicht zu vertreten, wozu er keinen Auftrag gab.

d) Am allerwenigsten findet aber eine Ueberweisung des N. N. in dieser Beziehung Statt. Denn der Zeuge S. ist exzeptionsmäßig, da er aktenmäßig nicht guten Leumund genießt, auch mit N. N. wegen Mishandlung in Streit kam.

Art. 280. Nr. 3. 5. Th. 2 des St. G. B. Auch Johann T. kann nicht als ein tüchtiger Zeuge betrachtet werden, da die Wiederholung seines Geständnisses nicht als die eines reumüthig Bekennenden erkannt werden darf, wie der Art. 284. Th. 2 des St. G. B. vorschreibt; denn so lange der Bekennende durch Einwendung eines Rechtsmittels sich der Strafe zu entziehen sucht, ist seine Reue noch problematisch; es muß ein rechtskräftiges Straferkenntniß vorliegen *). Dieses lag zur Zeit nicht

*) Reumüthigkeit und das Bestreben, sich der Strafe zu entziehen, können wohl neben einander bestehen; denn Reumüthigkeit ist nichts Anderes, als Erkenntniß eines begangenen Fehlers und Schmerz darüber; wenn es nun gleich bisweilen der Fall ist, daß der Reumüthige jede Strafe geduldig hinnimmt, so ist es doch auch gedenkbar und noch öfter der Fall, daß er, ohnedies innerlich durch sein Gewissen gestraft, der äußeren Strafe zu entrinnen sucht, und daß dieses Bestreben die Reumüthigkeit geradezu aufhebe, wäre erst zu erweisen. Von einem Bekennenden, welcher die Revision ergreift, läßt sich nicht einmal annehmen, daß er der gerechten Strafe

vor; wenn aber auch T. nach einem solchen seine Aussage bekräftigt haben würde, so würde er doch nicht die Eigenschaft eines vollgiltigen Zeugen erlangen, weil er seine Schuld zum Theile auf N. N. zu bringen sucht. (Art. 284 a. a. O.) Erwägt man nun endlich noch, daß T. auch in seinem Verhöre behauptet hat, daß die Magd gerade in die Kamer hineingekommen sei, und mit angehört habe, wie N. N. ihn und den S. auszureden aufgefordert, und daß er ihr auch dieselbe Zumuthung gemacht habe, dagegen aber die eidlich vernommene Magd behauptet, hiervon nichts zu wissen; so schwindet der durch den Anzeiger S. erregte Verdacht, welcher nur durch das Geständniß des N. N. selbst, daß er bei Gericht eine unwahre Angabe gemacht habe, unterstüzt würde, so sehr, daß er nach Art. 93. Th. 2 des St. G. B. nicht mehr zureichen würde, um jezt noch wegen Verleitung zum Meineide auf Spezial-Untersuchung zu erkennen. Es mußte daher der Angeschuldigte auf den Grund des Art. 354 a. a. O. von Schuld und Strafe freigesprochen werden.

„Zu 2) Nach Art. 290. Th. 1 des St. G. B. ist derjenige der Strafe des Meineides unterworfen, welcher in einer Untersuchungsache als Denunziant, Zeuge oder Sachverständiger einen falschen Eid geschworen hat. Johann T.

---

sich entziehen wolle, indem das Ober-Appellationsgericht keine begnadigende Stelle ist, sondern nur daß er einer ungerechten oder unverdienten Strafe zu entgehen suche. Weder der Art. 284. Th. 2 des St. G. B. noch die Novelle vom 22. Mai 1814 (lithograph. Samml. Bd. 1. Nr. 42), welche doch alle Erfordernisse zur Vollgiltigkeit der Aussage eines Mitschuldigen aufzählt, noch irgend ein anderes hieher gehöriges Gesez enthalten die Ansicht, daß Reumüthigkeit in Strafsachen ein rechtskräftiges Urtheil voraussetze, und der Richter, als Diener der Geseze, kann ein solches Erforderniß nicht willkürlich schaffen.

wurde weder als Denunziant noch als Sachverständiger in der Untersuchungsache gegen N. N. vernommen, als Zeuge aber, in welcher Eigenschaft er wegen Verleitung des N. N. zum Meineide vernommen wurde, konnte er nicht eidlich vernommen werden, weil er wußte, daß N. N. den S. und ihn zu einer falschen Angabe und Ersteren zu einem falschen Eide verleiten wollte, diese seine Wissenschaft aber nicht nur anzuzeigen unterließ, sondern auf Befragen sogar in Abrede stellte, demzufolge sich der Hilfeleistung dritten Grades nach Art. 78. Th. 1 des St. G. B. schuldig machte, da er von dem beabsichtigten Verbrechen des N. N., der Verleitung zum Meineide, wußte, und der Obrigkeit nicht sogleich Anzeige davon machte. Als Theilnehmer eines Verbrechens war Johann T. nach Art. 278. Nr. 8. Th. 2 des St. G. B. ein untüchtiger Zeuge, und konnte nach Art. 89 und 211. a. a. O. nicht vereidet werden, weil er hierdurch moralisch gezwungen werden sollte, ein Bekenntniß abzulegen, daß er Theilnehmer eines Verbrechens sei. Ein erzwungener Eid ist ein nichtiger und hat weder civil- noch strafrechtliche Folgen. Es existirt daher auch nicht ein strafbarer Meineid. Dazu kömmt noch, daß Johann T. erst am Schlusse seiner zweiten gerichtlichen Vernehmung und ohne vorhergegangene Meineids-Verwarnung, mithin nicht legal, vereidet wurde, da das Gesez die Vereidung nach den persönlichen Fragen und die Meineids-Verwarnung im Art. 207 und 211. Th. 2 des St. G. B. befiehlt, auch die Wahrheit seines Geständnisses, daß N. N. ihm den Auftrag gegeben habe, daß und wie er falsch aussagen solle, durch die eidliche Angabe des S. um so weniger zur Gewißheit gebracht werden kann, als N. N. nicht nur diese Anleitung in seinem Verhöre widerspricht, sondern auch die Magd eidlich die Behauptung des T. in Abrede stellt, daß N. N. auch sie zur falschen Angabe zu verleiten gesucht oder sie gehört habe, wie N. N. in der Nebenkammer den S. und T. zur falschen Angabe zu verleiten gesucht habe. Demzufolge muß auch Johann T. von Schuld und Strafe bezüglich des Verbrechens des Mein-

eides, nach Art. 354. Th. 2 des St. G. B. freigesprochen werden *).

„Zu 3) Da N. N. die Veranlassung zur Untersuchung gegen sich gegeben hat, und Vermögen besizt, so muß er auf den Grund des Art. 407. Th. 2 des St. G. B. alle hierauf sowohl als auf seine Vertheidigung und seinen Arrest erlaufene Kosten tragen.

„Zu 4) Die wegen Untersuchung des T. erwachsenen Kosten muß nach Art. 409. Th. 2 des St. G. B. bei seiner Vermögenslosigkeit die königliche Staatskasse tragen.

„Zu 5) Das Deservit des Vertheidigers des N. N.

---

*) Da die Vertheidigung sowohl als die Revision des Johann T. großentheils auf die Reskripte vom 12. April 1815 und 11. April 1819 gegründet worden war, und in Strafurtheilen, welche auf Vollständigkeit und Gründlichkeit Anspruch machen, alle wesentlichen Gründe aufgeführt und nach Umständen widerlegt sein müssen; so hätte das königliche Ober-Appellationsgericht die erwähnten Reskripte nicht stillschweigend umschiffen sollen. Vgl. die ausführliche Darstellung in Gönner's und Schmidtlein's Jahrbüchern der Gesezgebung und Rechtspflege im Königreiche Baiern. (Erlangen b. Palm 1818 — 1820.) Bd. 1. S. 273 — 301. Bd. 3. S. 186 — 188. — Als Richter würde ich übrigens annehmen, daß die erwähnten Reskripte dann nicht anwendbar seien, wenn nach erkannter Spezial-Untersuchung und Eröffnung der Stellung vor Gericht der Angeschuldigte die Unwahrheit seiner früheren eidlichen Aussage einräumt, das ordentliche Verhör ist dann keine Fortsezung der früheren Vernehmung, wobei der Angeschuldigte noch als Zeuge erschien, die Motive in den angeführten Jahrbüchern S. 297 und 298 passen nicht mehr, und man würde sich bei einer entgegengesezten Ansicht zu dem im Willen des Gesezgebers unmöglich liegenden Misstande geführt sehen, daß ein Meineidiger nur seinen Meineid einzubekennen brauchte, um straffrei zu werden, da doch nach Art. 266. Th. 2 des St. G. B. das Geständniß ein Beweismittel für die Schuld bildet, und nach Art. 94. Nr. 5. Th. 1 a. a. O. höchstens die Strafe mindern, aber nicht beseitigen kann.

ist übermäßig befunden worden und mußte also ermäßigt werden.“

§. 7.

Anhang besonderer Ansichten über die Verleitung zum Meineide.

Zum Schlusse führe ich hier in Bezug auf die Verleitung zum Meineide noch die sehr interessante Ausführung des Vertheidigers in der Untersuchung gegen Michael Leimeister von Bruck an. Diesem Leimeister war nämlich in einem Civilprozesse ein Beweis über einen Vergleich vom November 1821 auferlegt, welchen er durch Zeugen antrat. Sämmtliche Zeugen wurden vom Landgerichte Dettelbach vor Allem auf einmal beeidigt, und hierauf sollte die Vernehmung sowohl über die persönlichen Fragen, als über die Hauptsache erfolgen. Bei Beantwortung der persönlichen Fragen durch Einen der Zeugen glaubte das Gericht indessen gefunden zu haben, daß dieselben von Michael Leimeister zum Meineide verleitet worden seien, seine und der Mitzeugen Vernehmung, so wie die ganze Civilsache wurde daher ausgesezt, gegen sämmtliche ohne irgend einen weiteren Rechtsgrund die Verhaftung verfügt(!!), und Leimeister einer strafrechtlichen Untersuchung unterworfen. In der Vertheidigungschrift gab nun dessen Vertheidiger Folgendes an:

„Vor Allem drängt sich die Frage auf: ob Verleitung von Zeugen zum Meineide ein eigenes von der Strafgesezgebung vorgesehenes Verbrechen sei? Die Einsicht des Strafgesezbuches in Vergleichung mit den Anmerkungen zum Art. 269. Th. 1 desselben genügt, um diese Frage mit Nein beantworten zu können.

„Ein solcher Verbrecher erscheint nach dem klaren Ausspruche der Anmerkungen a. a. O. Nr. 5 als intellektueller Urheber des Meineides. Um dieses Verbrechen zu begründen müssen sonach die Erfordernisse des Art. 269. sowohl als des Art. 45 u. f. Th. 1 des St. G. B. vorhanden sein, d. h. alle Merkmale, die das Gesez zum

zum Begriffe des Meineides fordert, so wie alle Momente, die den Begriff eines intellektuellen Urhebers bilden, vereinigt vorliegen.

„Ehe ich zur Prüfung übergehe, ob dieser Thatbestand wirklich im vorliegenden Falle begründet sei, glaube ich, nachfolgende Säze der Würdigung des hohen Gerichtshofes unterstellen zu müssen.

„Das Strafgesezbuch unterscheidet in den Art. 37 und 57. Th. 1 zwischen dem vollendeten Verbrechen und dem Versuche. Vollendet ist das Verbrechen, wenn die unerlaubte Handlung selbst vollkommen geendigt ist, es sei denn, daß der gesezliche Begriff des Verbrechens noch eine bestimmte Folge oder Wirkung der That fordert, in welchem Falle auch diese Folge und Wirkung eingetreten sein müssen (Art. 38 a. a. O.). Der Meineid erfordert eine solche Folge und Wirkung nicht, es wird kein dadurch gestifteter Schade gefordert (Art. 256 und 269 a. a. O.), er ist mit der Handlung selbst vollendet.

Kann nun in dem vorliegenden Falle das vollendete Verbrechen des Meineides angenommen werden? Gewiß nicht. Nach obiger Ausführung ist die Verleitung von Zeugen zum Meineide kein eigenes Verbrechen, der intellektuelle Urheber muß nach den nämlichen Bestimmungen beurtheilt werden, wie der physische, der Art. 269 a. a. O. fordert zum Meineide die wirkliche Eidesleistung, ein falscher Eid ist aber von den Zeugen in der Civilsache nicht geleistet worden, mithin kann von Vollendung des Verbrechens nicht die Rede sein*).

---

*) Der Vertheidiger hätte die Anwendbarkeit des Art. 269. Th. 1. des St. G. B. auch mit folgender Schlußfolgerung bestreiten können: Da in bürgerlichen Rechtstreiten nach der Gerichtsordnung Kap 10. §. 14. Nr. 1 und den Anmerkungen hierzu die Zeugen vor dem wirklichen Verhöre — (und auch nach dem St. G. B. Th. 2. Art. 209 vor der Vernehmung über die Hauptsache) — beeidigt werden; so ist eigentlich ihr Eid ein promissorischer, denn sie

„Eben so wenig liegt ein Versuch vor. Der Begriff eines jeden Versuches widerstreitet dem der Vollendung, er enthält jederzeit nur eine Vorbereitung, die wirklich beendigte Handlung eines Thäters kann nicht mehr Versuch sein, wenn nicht nach Art. 38 a. a. O. die That eine bestimmte Folge und Wirkung haben muß. Dies ist, wie gezeigt, bei dem Meineide nicht der Fall. Wird nun aber die gegen Michael Leimeister vorliegende Anschuldigung in subjektiver und in objektiver Hinsicht dem gesezlichen Begriffe des Meineides entsprechend angenommen, so liegt ja klar am Tage, daß seine Handlungen nicht mehr in der Sphäre der Vorbereitung lagen. Er hat die Zeugen unterrichtet, er hat solche durch Lohn oder Versprechen zur Angabe des Zeugnisses bewogen, er hat sie vorgeschlagen, ihm blieb durchaus nichts mehr zu thun übrig,

---

versprechen eidlich, bei ihren künftigen Aussagen der Wahrheit treu bleiben zu wollen. Der Art. 269. Th. 1 des St. G. B. findet aber nach seinem Inhalte und nach den Anmerkungen Bd. 2. S. 273 bei promissorischen Eiden selbst gegen die unmittelbaren Urheber keine Anwendung, um so weniger also gegen den mittelbaren Urheber. — Hiergegen hätte jedoch der Richter mit Grund sagen können, daß der Zeugeneid dennoch ein assertorischer sei, weil die Beeidigung und Vernehmung der Zeugen doch mittels des nämlichen Gerichtsaktes geschehen, und wegen dieser Einheit der Handlung die Vernehmung in der Hauptsache keine von der Beeidigung getrennte zukünftige Thatsache sei, in Bezug auf welche ein Versprechen angenommen werden könnte. Geht man nicht von dieser Ansicht aus, so würde man in der Regel beeidigte und falsch ausredende Zeugen nie wegen Meineides bestrafen können, was doch gewiß nicht im Willen des Gesezgebers lag. Diese Ansicht habe ich am 29. Juli 1830 als Referent in der Untersuchung gegen Barbara Hamm von Würzburg wegen gerichtlicher Verleumdung durch falsches eidliches Zeugniß durchgesezt, und das königliche Ober-Appellationsgericht ist ihr in seinem Urtheile vom 30. August 1830 beigetreten.

seine Handlung war abgeschlossen und vollendet, man findet hier keine Spur einer Vorbereitung, eines Versuches.

„Wenn nun die dem Michael Leimeister zur Last gelegte Handlung kein vollendetes Verbrechen sein kann, weil Verleitung von Zeugen zum Meineide kein eigenes Verbrechen ist, und weil kein Meineid geschworen wurde; wenn sie aber auch kein Versuch ist, weil Leimeister seine Handlung völlig vollendet hatte; wo liegt der Moment ihrer Strafbarkeit? — Der Gesezgeber hat diese That nicht vorgesehen, sie ist mit keiner Strafe bedroht, sie eignet sich nicht zur strafrechtlichen Untersuchung.

„Ein fernerer unbestreitbarer Saz ist, daß der intellektuelle Urheber genau und lediglich nach den nämlichen Bestimmungen beurtheilt werden muß, wie der unmittelbare oder physische (Art. 45. Th. 1 des St. G. B.). Eine Ausführung dieser Wahrheit halte ich für unnöthig. Wenn nun ein Verbrechen so ganz in einer einzigen Handlung besteht, daß eine Vorbereitung dazu weder nöthig noch möglich ist, wenn es nicht versucht, sondern entweder ganz begangen wird oder ganz unterbleibt, wenn dieses Alles bei dem physischen Urheber der Fall ist; so kann nach dem angeführten Grundsaze auch bei dem intellektuellen Urheber, für welchen doch keine eigenen Geseze bestehen, ein Versuch nicht gedacht werden. Ein Versuch des Meineides, wenigstens ein strafbarer, läßt sich nicht begehen. Der Meineid muß bei Gericht geschworen werden, der Gang in das Gerichtszimmer ist noch kein Versuch. Würde man wohl Jemanden wegen Versuches des Meineides in Untersuchung nehmen, der die Hand zur Eidesleistung erhoben, den Eid aber nicht geschworen hat? Welche Vorbereitungen zum Meineide gibt es denn? Im Gerichtszimmer endlich wird Niemand durch äußere Hindernisse von der Eidesleistung abgehalten. Der Vorgerufene schwört entweder den Eid oder er schwört ihn nicht; im lezteren Falle wird Niemanden einfallen, eine Untersuchung einzuleiten. Der Zeuge wird beeidigt, und sodann vernommen; auf den Grund seines Eides sagt er entweder falsch aus, dann ist er meineidig,

oder er sagt die Wahrheit, dann ist er straflos. Nirgends Spur eines Versuches. Da also bei dem Meineide überhaupt ein strafbarer Versuch nicht denkbar ist, so kann auch der intellektuelle Urheber des Meineides wegen eines Versuches nicht in Untersuchung und Strafe genommen werden.

„Daß von einer strafbaren Handlung des Michael Leimeister die Rede nicht sein könne, geht ferner aus dem Begriffe des intellektuellen Urhebers hervor. Um alle zum gesezlichen Begriffe eines Urhebers erforderlichen Merkmale aufzufinden und festzustellen, kann von einer Rücksicht darauf, ob von einem vollendeten oder versuchten Verbrechen die Rede ist, niemals die Frage sein. Der Begriff eines Urhebers ist bei dem versuchten Verbrechen kein anderer, als bei dem vollendeten. Wer ist nun intellektueller Urheber? Die Frage beantwortet sich aus den Art. 45 und 46. Th. 1 des St. G. B. Die eigenen Worte des Art. 45 sind: „„Alle diejenigen, welche mit rechtswidriger Absicht Andere zur Begehung und Ausführung des Verbrechens bewogen haben, sollen als die Urheber desselben bestraft werden."" Im Art. 46 ist dies noch näher erläutert: „„Unter den zulezt genannten Urhebern ist begriffen, wer durch Auftrag — den Vollbringer der That zur Ausführung derselben bestimmt hat."" An diesen ausdrücklichen Worten ist nichts zu ändern, ihre klare Folge ist, daß ein unvollendet gebliebenes Verbrechen gegen den mittelbaren Urheber keine Strafe begründen kann. Hieße es: „„wer Jemanden zur Begehung gedungen *),"" dann wäre es zuläßig, den Begriff eines Ver-

*) Im Art. 269. Th. 1 d. St. G. B. ist derjenige als strafbar bezeichnet, welcher den Meineidigen zur Abschwörung des falschen Eides beauftragt, gedungen oder sonst bestellt hat; es wird aber doch durch das Wort: „Meineidig" vorausgesezt, daß der Gedungene den Meineid begangen habe, was auch die Anmerkungen Bd. 2. S. 273. Nr. 1 erläutern. In dem gegenwärtigen Falle wurde von den Zeugen kein Mein-

suches anzunehmen; es heißt aber deutlich: „„diejenigen, welche Andere zur Begehung und Ausführung des Verbrechens bewogen haben.““ Ganz hiermit übereinstimmend drückt sich der nachfolgende Art. 47 aus. Würde dem mittelbaren Urheber schon allein die Bewegung des Vollbringers zur Strafe angerechnet werden können, so müßte jeder gegebene Auftrag, ein Verbrechen zu begehen, allein schon als das vollendete Verbrechen gestraft werden; dem mittelbaren Urheber werden darum nur die Handlungen des unmittelbaren Vollbringers als seine eigenen zugerechnet. Wenn nun der Beauftragte keine strafbare Handlung begangen hat, wie kann dem Auftraggeber eine solche zugerechnet werden?

„Aber selbst auch gegen den klaren Inhalt der beiden angeführten Artikel zugegeben, daß wegen eines unvollendeten Verbrechens ein intellektueller Urheber strafbar sei, so kann dies doch nur dann eintreten, wenn der Beauftragte bereits vorbereitende Handlungen begangen hat, welche als Versuch an ihm strafbar sind, d. h. nur ein strafbarer Versuch des Beauftragten könnte auch dem Auftraggeber zugerechnet werden. Nun haben aber in dem gegenwärtigen Falle die angeblich zum Meineide gedungenen Zeugen nichts Strafbares begangen, dem Auftraggeber kann also auch keine Handlung seiner Beauftragten zur Schuld gereichen.

„Ich wiederhole hier: 1) das angeschuldigte Verbrechen ist weder vollendet, weil Verleitung zum Meineide kein selbständiges Verbrechen und ein Meineid nicht geschworen worden ist, es ist auch kein Versuch, denn die Handlung, deren Begriff als Verbrechen widerlegt wurde, ist vollendet; 2) bei dem Verbrechen des

---

eid begangen; ein Zeuge wurde zwar nach Beantwortung der persönlichen Fragen beeidigt, allein nicht in der Hauptsache vernommen, bei welcher Gelegenheit er erst durch falsche Aussagen meineidig hätte werden können, die übrigen Zeugen wurden gar nicht beeidigt und gar nicht vernommen.

Meineides ist insbesondere ein Versuch, wenigstens ein strafbarer, gar nicht denkbar; 3) der gesezliche Begriff des mittelbaren Urhebers begründet sich nur, wenn das übertragene Verbrechen begangen oder vollendet wurde; 4) auf den äußersten Fall können nur die strafbaren Handlungen des Vollbringers dem Auftraggeber zugerechnet werden. Da nun zu 1) jede strafbare Handlung entweder vollendetes Verbrechen oder Versuch sein muß, zu 2) der Angeschuldigte wegen des Versuches bestraft werden soll, zu 3) das angeblich übertragene Verbrechen nicht ausgeführt wurde, und zu 4) die Beauftragten keine strafbare Handlung begangen haben, da alle diese Momente als im Geseze gegründet nachgewiesen sind, und unter sich selbst übereinstimmen; so stellt der Vertheidiger die Bitte: zu erkennen, daß hier weder ein Verbrechen noch Vergehen vorliege, daher der Angeschuldigte von aller Schuld und Strafe freizusprechen sei, und, da Alles dieses schon bei der ersten Zeugenvernehmung zu Tage lag, die Kosten auf die königliche Staatskasse zu verweisen.

„Sollte es hiernach noch auf die weitere Prüfung des Thatbestandes des Verbrechens des Meineides ankommen, so muß vorerst der Vertheidiger auf die frühere Bemerkung zurückkommen, daß sich auch im intellektuellen Urheber alle den gesezlichen Begriff des Meineides bildenden Merkmale vereinigt finden müssen. Es ist daher erforderlich, daß die Unwahrheit der zu beschwörenden Thatsache nicht nur dem Auftraggeber bekannt war, sondern auch daß die Zeugen von der zu beschwörenden Thatsache nichts wußten, und daß dieses Nichtwissen der Zeugen dem Auftraggeber Michael Leimeister bekannt war, er sie aber gleichwohl zur eidlichen Betheuerung der ihnen als falsch bekannten Thatsachen veranlaßt hat. Alle diese Momente zusammen bilden erst vereinigt den Thatbestand, und wenn nur eines derselben fehlt, kann der Begriff des angeschuldigten Verbrechens nicht angenommen werden. Daß nun der dem Michael Leimeister zum Beweise auferlegte Vertrag nicht zu Stande gekommen sei, müßte erst durch

einen Gegenbeweis hergestellt werden, ist aber dermals durch Nichts nachgewiesen. Daß die vorgeschlagenen Zeugen von der Sache nichts wissen sollten, war dem Angeschuldigten durchaus nicht bekannt, vielmehr konnte er mit Grund vermuthen, daß ihnen die Sache bekannt sei, wie aus ihren Aussagen hervorgeht. Michael Leimeister kann also nicht in Verdacht kommen, den Zeugen einen falschen Eid zugemuthet zu haben, er konnte und mußte glauben, daß ihnen die Thatsachen, bei welchen sie ihren Angaben nach gegenwärtig waren, bekannt seien, und daß sie es denselben wirklich nicht sind, kann aus ihrer dermaligen Vernehmung nicht gefolgert werden, wo sie sich durch eine allgemeine unbestimmte Angabe von dem gegen sie verhängten Arreste zu befreien suchten. Wenn sie nach geendigter Untersuchung in der Streitsache zu den einzelnen Artikeln vernommen werden, wird sich wahrscheinlich ein anderes Ergebniß bilden. Unwissende Zeugen vorzuschlagen, wenn man gegründete Vermuthung hat, daß sie Wissenschaft von der Sache haben, kann doch kein Versuch des Meineides sein?

„Daß den Zeugen eine Zumuthung gemacht worden sei, falsches Zeugniß zu geben, liegt nicht vor. Das bloße Mittheilen des Beweisantrittes ist durchaus nichts Verfängliches, die Gerichtsordnung Kap. 10. §. 2 erlaubt ja sogar den Parteien, die Zeugen durch einen Notar, comitem palatinum oder Jemand Anderen vorläufig vernehmen zu lassen, gewiß muß es daher auch erlaubt sein, sie mit dem Beweisantritte bekannt zu machen. Zudem hat Niemand einen Beweisantritt erhalten, als ein einziger Zeuge, und dieser ist wegen seines schlechten Leumundes und seines Verhältnisses zu dem Gegentheile des Angeschuldigten ganz untüchtig. Mit ihm zerfällt der Thatbestand um so mehr, als er nicht einmal den Michael Leimeister als denjenigen bezeichnete, welcher ihn zur Zeugschaft gedungen haben soll.

„Auf den Beweis der Schuld kömmt es bei diesem Bewandsam wohl nicht an; die Untüchtigkeit und Unerheblichkeit des einzigen Anschuldigungszeugen ist übrigens so eben gezeigt worden, die andern Zeugen sagen zum Vor-

theile des Angeschuldigten aus, und die in den Akten besprochenen Anzeigungen können als unbestimmte, allgemeine und unerwiesene keinen Verdacht begründen.

„Ich wiederhole daher meine obige Bitte."

Die Leser können hieraus zu Genüge ersehen, welche Lücken und Schwierigkeiten der Anwendung unser Strafgesezbuch mit seinen Novellen in der Materie des Meineides hat, und wie viel noch unserer künftigen Gesezgebung darin zu leisten bleibt. Nur an der Hand einer richtigen Schlüssebildung und eines geistvollen Studiums wird bis zu einer erfolgenden Verbesserung das Feld der Gerechtigkeit behauptet werden können.

Druck-

Druckfehler im ersten Bande.

S. 14. Z. 4—5. v. o. lies: Neffe, statt: Geschwisterkind (NB. wird im bamberger Provinzial-Dialekt verwechselt).
S. 17. Z. 9. v. u. lies: A. M. ist (Andrer Meinung ist), statt: A. M.
S. 18. Z. 12. v. u. lies: erwirbt, statt: erwirkt.
S. 19. Z. 1. v. o. lies: Privatrechts, statt: Prozesses.
S. 21. Z. 18. v. o. lies: Tit VII. §. 20, statt: § 20.
S. 22. Z. 17. v. u. lies: aufgestellt ist, statt: aufgestellt.
S. 23. Z. 3. v. u. lies: bezeigte, statt: bezeugte.
S. 27. Z. 14. v. o. lies: Verhältnisse, unter, st. unter.
S. 241. Z. 11. v. o. lies: einem st. einen.
S. 344. Z. 12. v. o. lies: not. a, st. not. b.
S. 348. Z. 5. v. o. lies: dem genanten, st. den genannten.
S. 350. Z. 17. v. o. lies: vorgeschriebenen, st. vorgeschiebenen.
S. 351. Z. 9. v. o. lies: Beschwerden, st. Beschwerde.
S. 352. Z. 16. v. u. lies: fortdauerte, st. fortdauerten.
S. 352. Z. 13. v. u. lies: angeschuldet werden, st. angeschuldet.
S. 354. Z. 12. v. o. lies: 27, st. 17.
S. 354. Z. 13. v. o. lies: Kap. 13, st. Kap. 1.
S. 367. Z. 15. v. u. lies: zu den, st. zu dem.

Verzeichniß einiger Werke, welche bei J. J. Palm und Ernst Enke in Erlangen erschienen und um die beigesetzten Preise bei ihnen selbst so wie durch alle Buchhandlungen zu haben sind:

Klüber, Dr. Joh. Ludw., (Staatsrath) Quellen-Sammlung zu dem öffentlichen Recht des Teutschen Bundes. Enthaltend die Schluß-Acte des Wiener Congresses, den Frankfurter TerritorialReceß, die Grundverträge des Teutschen Bundes, und Beschlüsse der Bundesversammlung von allgemeinerem Interesse. Mit historisch-literärischen Einleitungen, Uebersichten des Inhaltes und Anmerkungen. Dritte, sehr vermehrte Auflage. gr. 8. 1830. in Sarsenet gebunden. Rthlr. 1. 6 gr. oder fl. 2. 12 kr.

Lange, Dr. Joh. Christ., Versuch einer Begründungslehre des Rechts. gr. 8. 1821. 22 gr. oder 1 fl. 24 kr. rhein.

Lips, Dr. Alex., wie läßt sich dem Wiederabbrennen ganzer Städte und Märkte in Zukunft vorbeugen und wie lassen sich die noch nicht niedergebrannten Orte vor einem ähnlichen Schicksale schützen? Ein Beitrag zur Feuer- und Baupolizei. 8. 1824. 6 gr. oder 24 kr.

Lotz, Joh. Friedr. Euf., (Regierungsrath) Handbuch der Staatswirthschaftslehre. Drei Bände. gr. 8. 1821—22. 7 Rthlr. 18 gr. oder 11 fl. 48 kr. rhein.

Zwei Zwecke hatte der Verfasser bei Ausarbeitung dieses Handbuches vor Augen, einmal die Staatswirthschaft als eine selbständige Wissenschaft zu begründen, dann deren Lehren in einem solchen Gewande zu geben, daß ihr Studium auch dem Geschäftsmann möglichst erleichtert werde, und sie selbst dadurch mehr in's wirkliche Leben übergehe.

Der Erste Band enthält die reine Staatswirthschaftslehre, der Zweite und Dritte die angewandte, und zwar gibt der Zweite eine umfassende Darstellung der Hauptgrundsätze der Gewerbs- und Handelspolitik, mit kritischfreimüthigen Bemerkungen über die neuesten Anordnungen unserer Regierungen über diese Gegenstände; der Dritte und letzte Band aber enthält die Lehre von der öffentlchen Consumtion, oder die Grundsätze der Finanzwissenschaft.

Die Beurtheilungen aller kritischen Blätter stimmen darin überein, daß dieses Werk eines der gediegensten der neuern Literatur über Staatswirthschaft sey.

Meusel, Joh. Geo., vermischte Nachrichten und Bemerkungen, historischen und literarischen Inhalts. 8. 1818. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

Michaelis, Dr. Adolph, die Protocolle der hohen deutschen Bundesversammlung. Eine publicistische Betrachtung. gr. 8. 1829. geh. 8 gr. oder 30 kr.

Möllenthiel, Dr. C. A., über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. gr. 8. 1820. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

Morin, L. M., Lehrbuch der Kriegswirthschaftslehre, oder Grundsätze zur Verwaltung des Kriegswesens im Frieden und im Kriege. Frei übersetzt mit Einleitung, Zusätzen und Anmerkungen versehen von Ferd. von Schmidt. gr. 8. 1819. 1 Rthlr. 8 gr. oder 2 fl.

Puchta, Dr. Wolfg. Heinr., Anleitung zum vorsichtigen Creditiren auf unbewegliche Güter nach den Grundsätzen des preussischen Hypothekenrechts, für Praktiker, Capitalisten und Grundeigenthumsbesitzer. 8. 1816. 2 Thlr. oder 3 fl.

— — der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentlichen und Privatrechts-Praxis. gr. 8. 1818. 1 Thlr. 20 gr. oder 2 fl. 48 kr.

— — Worte der Erfahrung für das Princip der Specialität bei einer neuen Hypothekenordnung in und außer Bayern. 8. 1819. 8 gr. oder 30 kr.

— — Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen namentlich bei den sogenannten Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann bei Vormundschafts- und Hypothekenwesen. Zwei Theile. gr. 8. 1821. 5 Thlr. 8 gr. oder 8 fl.

— — das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauche und seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Verminderung der Prozesse betrachtet. gr. 8. 1823. geh. 16 gr. oder 1 fl.

— — Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. gr. 8. 1824. 1 Thlr. 20 gr. oder 2 fl. 48 kr.

Rudhart, Dr. Ign., über die Censur der Zeitungen im allgemeinen und besonders nach dem bayerischen Staatsrechte. 8. 1826. geh. 6 gr. oder 24 kr.

— — über die Gewerbe, den Handel und die Staatsverfassung des Königreichs Bayern. Auch

mit dem Titel: Ueber den Zustand des Königreichs Bayern nach amtlichen Quellen. Zweiter Band. Mit vielen Tabellen. gr. 8. 1827. 3 Thlr. 12 gr. oder 6 fl.

Rudhart, Dr. Ign., die Finanzverwaltung, Rechtspflege und Kriegsanstalten des Königreichs Bayern. Auch mit dem Titel: Ueber den Zustand des Königreichs Bayern nach amtlichen Quellen. Dritter Band. gr. 8. 1827. 2 Thlr. 16 gr. oder 4 fl. 12 kr.

Schlupper, J. N., über das Staatsfinanz-Rechnungswesen. Mit Rechnungs-Formularen. Nebst einem Anhang über Bewirthschaftung der Getreid-Magazine in ökonomischer finanzieller Hinsicht. gr. 8. 1817. 12 gr. oder 48 kr.

Schunck, Dr. Fr. Chr. Kl., Staatsrecht des Königreichs Bayern. Erster Band. gr. 8. 1824. 2 Rthlr. 16 gr. oder 4 fl.

Schwarz, Dr. Ign. Christian, das Institut der Reallasten auf deutschen Bauergütern, nach seinen Hauptmomenten dargestellt. Ein germanistischer Versuch. gr. 8. 1827. 12 gr. oder 48 kr.

Sensburg, Ernst Phil. Freih. von, (Staatsrath) pragmatische Untersuchung des Ursprungs und der Ausbildung alter Abgaben und neuer Steuern, zur Vorbereitung eines gleichheitlichern, und repräsentativen Verfassungen angemessenern, Abgaben-Systems. gr. 8. 1823. geh. 16 gr. oder 1 fl.

Soden, Julius Graf von, die Staatshaushaltung. Eine Skizze zum Behuf öffentlicher Vorlesungen; als Vorbereitung und Einleitung zu der Kunde sämmtlicher Zweige der Staatshaushaltung oder der sogenannten Kameral-Wissenschaften. gr. 8. 1812. 10 gr. oder 40 kr.

Strelin, Gottfr., (Geh. Rath.) Versuch einer Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. gr. 8. 1827. 1 Thlr. 6 gr. oder 2 fl.

Wendt, Dr. Chr. Ernst von, Grundzüge des deutschen und besonders bayerischen Criminal-Prozesses, für academisches Studium und gerichtlichen Gebrauch. gr. 8. 1826. geh. 22 gr. oder 1 fl. 24 kr.

Digitized by Google

Daniel Knodé.

Daniel Knodé.

Digitized by Google

Daniel Knode.

Digitized by Google